# Das Operationsrecht des Arztes mit besonderer Berücksichtigung des Falles der Bewußtlosigkeit des Patienten

## unter zivilrechtlicher Beleuchtung.

---

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Hohen Juristenfakultät der Universität zu Rostock



vorgelegt von

**Walther Schütze**

Referendar im Bezirke des Kammergerichts.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1911.

Genehmigt von der juristischen Fakultät der Universität Rostock auf Antrag des Herrn Professor Dr. iur. Bernhöft.

Rostock, den 21. April 1911.

Professor Dr. iur. Matthiaß,
d. Zt. Dekan.

Meinen lieben Eltern zugeeignet.

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

§ 1. Einleitung . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 1

§ 2. Ist die Operation zu Heilzwecken begrifflich als Körperverletzung aufzufassen? . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 4

§ 3. Unter welchen Voraussetzungen ist die Operation als widerrechtlich anzusehen? . . . . . . . . . . . . . . . . . . 13

a) Begriff bezw. Ausschluß der Widerrechtlichkeit.

aa) Zwecktheorie.

bb) Gewohnheitsrechtliche Erlaubtheit zu ärztlichen Operationen?

cc) Allgemeines ärztliches Berufsrecht zu Operationen?

dd) Theorie der Einwilligung.

b) Anwendbarkeit der Geschäftsführung ohne Auftrag auf ärztliche Operation.

§ 4. Verhältnis der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 823 ff. über unerlaubte Handlungen . . . . . . . . . . . . . . . . 31

§ 5. Ist der Arzt schadensersatzpflichtig, der an einem verunglückten, bewußtlosen Patienten eine Amputation des gebrochenen Fußes vornimmt? . . . . . . . . . . . . . . . . 44

§ 6. Hat der Arzt, der einen Bewußtlosen operiert, einen Honoraranspruch gegen diesen? . . . . . . . . . . . . . . . . 54

§ 7. Ergebnis . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 59

# Literaturverzeichnis.


**v. Bar,** Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. Im Gerichtssaal 1901 Bd. 60 S. 81 ff.

**Behr,** Medizin und Strafrecht. Im Gerichtssaal 1903 Bd. 62 S. 400 ff.

**Binding,** Handbuch des Strafrechts. Bd. 1. 1885.

**Brückmann,** Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag. 1903.

**Brückmann,** Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe. In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1904 Bd. 24 S. 657 ff.

**Büdinger,** Die Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen. 1905.

**Cosack,** Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1900.

**Crome,** System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

**Crome,** Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande. In der Deutschen Juristenzeitung 1904 Nr. 1 S. 14 ff.

**Dernburg,** Pandekten. Bd. 1. Abt. 1. 6. Aufl. 1900, Bd. 2. 5. Aufl. 1897.

**Dernburg,** Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens. Bd. 2. Abt. 1. 4. Aufl. 1900, Abt. 2. 3. Aufl. 1906.

**Graf zu Dohna,** Die Rechtswidrigkeit als allgemein gültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen. 1905.

**Endemann,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 9. Aufl. 1903.

**Engelmann,** Das bürgerliche Recht Deutschlands. 2. Aufl. 1900.

**Enneccerus-Kipp-Wolff,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Abt. 1. 4. u. 5. Aufl. 1909, Abt. 2. 1910.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 68, in Strafsachen Bd. 25.

**Fischer-Henle,** Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Aufl. 1906.

**Fromme,** Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für sich und seine Hilfspersonen. In der Berliner Klinik 1905 Heft 201.

**Goldmann-Lilienthal,** Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1. 2. Aufl. 1903.

**Hamm,** Operative Eingriffe der Ärzte. In der Deutschen Juristenzeitung 1907 Nr. 8 S. 447 ff.

**Hellmann,** Zur Literatur des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. In der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1899 Bd. 41 S. 209 ff.

**Hellwig,** Anspruch und Klagrecht. 1900.

**Hellwig,** Die Stellung des Arztes im bürgerlichen Rechtsleben. 1905.

**Isay,** Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1900.

**Jung,** Delikt und Schadensverursachung. 1897.

**Kohler,** Die Menschenhilfe im Privatrecht. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts 1887 Bd. 25 S. 1 ff.

**Kohler,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1906.

**Kühner,** Die Kunstfehler der Ärzte vor dem Forum der Juristen. 1886.

**Kühner,** Acht Thesen betreffend die rechtliche Verantwortung der Ärzte.

**Kühner,** Straf- und zivilrechtliche Verantwortung des Arztes. In der Sammlung klinischer Vorträge 1909 Nr. 559, 560 S. 141 ff.

**v. Lilienthal,** Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht. In der Festgabe für Bekker 1899.

**v. Liszt,** Die Deliktsobligationen im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1898.

**v. Liszt,** Die Verantwortlichkeit bei ärztlichen Handlungen. In der Ärztlichen Rechtskunde 1907.

**v. Liszt,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. u. 13. Aufl. 1903. 16. u. 17. Aufl. 1908.

**Lotmar,** Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. Bd. 1 u. 2. 1902 u. 1908.

**Matthiaß,** Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 4. Aufl. 1900.

**Oertmann,** Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1910.

**Oppenheim,** Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden. 1892.

**Planck,** Recht der Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1907.

**Prym,** Die Konkurrenz des Anspruchs aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1906.

**Rabel,** Die Haftpflicht des Arztes. 1904.

**Rehbein,** Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. 1903.

Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß. Bd. 7. S. 728 ff. 1897.

**Schmidt,** Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe. 1900.

**Schollmeyer,** Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1904.

**Schütze,** Lehrbuch des deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs. 2. Aufl. 1874.

**Seufferts** Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. Bd. 48, 61, 62. 1893, 1906, 1907.

**Staudinger,** Recht der Schuldverhältnisse. 3. u. 4. Aufl. 1908.

**Stenglein,** Darf ein Arzt ohne Genehmigung des Patienten eine Operation vornehmen? In der Deutschen Juristenzeitung 1899 Nr. 5 S. 106 f., Nr. 7 S. 151.

**Tränkner,** Darf ein Arzt ohne Genehmigung des Patienten eine Operation vornehmen? (Urteil des Oberlandesgerichts Dresden vom 7. 10. 1897.) In der Deutschen Juristenzeitung 1899 Nr. 9 S. 199 f.

**v. Weinrich,** Die Haftpflicht wegen Körperverletzung. 2. Aufl. 1902.

**Weyl,** System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche. 1905.

**Windscheid-Kipp,** Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. 9. Aufl. 1906.

**Winter,** Der Arzt. In Gesetz und Recht 1907 Heft 11 S. 190 ff.

**Wittkowsky,** Von wem kann nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs der von einer Ehefrau angenommene Arzt Bezahlung seiner Honorarforderung verlangen? In der Juristischen Wochenschrift von 1902 Nr. 9—11 S. 87 f.

**Zitelmann,** Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Im Archiv für die zivilistische Praxis 1906 Bd. 99 S. 1 ff.

**Zitelmann,** Die Haftung des Arztes aus ärztlicher Behandlung. 1908.

# Einleitung.

## § 1.

Dem Thema liegt eine in der Literatur viel umstrittene Rechtsfrage von allgemeiner Bedeutung zugrunde; nämlich ob, bezw. unter welchen Voraussetzungen eine ärztliche Operation den Charakter einer Körperverletzung im Sinne einer unerlaubten (event. auch strafbaren) Handlung aufweist. Die Frage ist in erster Linie für das strafrechtliche Gebiet lebhaft erörtert worden und ist als solche auch wiederholt in der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe zur Entscheidung gelangt, ohne jedoch das Rechtsgefühl sonderlich befriedigt zu haben. Erst späterhin und namentlich in letzter Zeit anläßlich der Einführung des neuen bürgerlichen Rechtes ist die Frage häufig auch zum Gegenstande der Untersuchung für die zivilrechtliche Haftung des Arztes gemacht worden, doch hat die Erörterung auf diesem Gebiete, ebensowenig wie für das Strafrecht, bislang noch zu keiner eigentlichen Klärung der Ansichten geführt.

Die Schwierigkeiten sind für beide Rechtsgebiete insofern die gleichen, als die Strafbarkeit nicht minder als die zivilrechtliche Haftung des Arztes die Widerrechtlich-

keit der Operation zur Voraussetzung hat. Mögen auch bei der Beurteilung der Schuldfrage (der subjektiven Widerrechtlichkeit) für das Strafrecht im einzelnen andere Gesichtspunkte in Betracht kommen als nach bürgerlichem Recht, so bildet doch die objektive Widerrechtlichkeit, welche vorwiegend nach den Grundsätzen des bürgerlichen Rechtes zu bestimmen ist, den Ausgangspunkt der ganzen Rechtsfrage, die Brückmann (Zeitschr. f. Strafrechtsw. S. 707 Anm. 61) als „eins der feinsten und differenziertesten Probleme der Jurisprudenz" bezeichnet. Es handelt sich dabei hauptsächlich um solche Operationsfälle, die der Arzt ohne den Willen des Patienten vornimmt, namentlich wenn dieser sich infolge seiner Erkrankung im Zustande der Bewußtlosigkeit befindet. In derartigen Fällen erscheint es häufig vom medizinischen und vom humanen Standpunkte aus als die Pflicht des Arztes, einen operativen Eingriff vorzunehmen, um nicht durch Unterlassung desselben die Gesundheit oder gar das Leben des Bewußtlosen aufs Spiel zu setzen. Andererseits erheischt es das Interesse des erkrankten, willensunfähigen Individuums, daß ohne seinen Willen nicht in so wichtige Rechtsgüter, wie Gesundheit und Leben, von einer dritten, berufenen oder unberufenen Person, mag diese auch ein Arzt sein, in eigenmächtiger Weise eingegriffen werde. Es bedarf keiner näheren Auseinandersetzung, daß hierbei Interessenkollisionen schwierigster Art entstehen können, und daß sowohl für die allgemeine Regelung des Rechtsverhältnisses, als auch für die Entscheidung im konkreten

Einzelfalle feiner juristischer Takt dazu gehört, das Richtige zu treffen. Handelt es sich doch nicht allein darum, das freie Bestimmungsrecht des Individuums über seine körperliche Integrität zu wahren, sondern nicht minder um eine im Interesse der Allgemeinheit dem Arzte einzuräumende Befugnis, in den geeigneten, rechtlich näher zu begrenzenden Fällen eine Operation auch ohne Willen des Patienten vorzunehmen, so daß der Arzt, sofern er nur gewissenhaft handelt, nicht Gefahr laufe, zufolge des operativen Eingriffes zivilrechtlich oder gar strafrechtlich wegen „Körperverletzung“ verantwortlich gemacht zu werden, ihm vielmehr ein entsprechendes Entgelt für seine ärztlichen Bemühungen rechtlich gesichert werde.

Demgemäß kommt es als Hauptaufgabe in Betracht, nach der angedeuteten Richtung hin zunächst die Rechtmäßigkeit einer Operation ohne Willen des Patienten zu prüfen. Denn nur die Operation, welche widerrechtlich ist, verpflichtet zum Schadensersatze; und andererseits muß auch die Frage des Entgeltes für die ärztlichen Bemühungen vorwiegend von dem Standpunkte aus geprüft werden, ob die Operation als eine rechtmäßige oder widerrechtliche anzusehen ist.

Diese beiden zur Entscheidung stehenden Hauptfragen betreffs eines Schadensersatzanspruches des Patienten sowie eines Honoraranspruches des Arztes lassen sich, wie des näheren zu zeigen sein wird, unter dem Gesichtspunkte einer „Geschäftsführung ohne Auftrag“ einer einheitlichen Lösung entgegenführen. Im besonderen er-

geben sich dabei freilich eine Reihe von Schwierigkeiten. Es fragt sich zunächst betreffs der Schadensersatzpflicht, ob und inwieweit neben den Rechtssätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag in rechtlicher Konkurrenz die allgemeinen Bestimmungen über „unerlaubte Handlungen" Platz greifen. Des weiteren ist für einen Honoraranspruch des Arztes die Frage zu erörtern, ob derselbe sich unter dem Gesichtspunkte des Ersatzes von Aufwendungen, wie er dem unbeauftragten Geschäftsführer aus einer wirksamen Geschäftsführung zusteht, begründen läßt.

§ 2.

## Ist die Operation zu Heilzwecken begrifflich als Körperverletzung aufzufassen?

Für die im Vordergrunde stehende Frage, wann bei Vornahme einer Operation der Arzt dem Patienten Schadensersatz zu leisten hat, kommt in erster Linie die Bestimmung des § 823 Abs. 1 BGB. in Betracht, wonach schadensersatzpflichtig ist, „wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt". Bezüglich der Anwendbarkeit dieses gesetzlichen Tatbestandes auf den Tatbestand, wie er im Falle einer ärztlichen Operation eintreten kann, wird man insofern nicht leicht in Verlegenheit geraten, als den äußeren Tatbestandsmerkmalen nach der Anwendung ein weiter Spielraum gelassen ist.

Der ärztliche Eingriff in den Körper des Patienten stellt sich, rein äußerlich betrachtet, als eine Körperverletzung dar, auch dann, wenn sie eine Verletzung der „Gesundheit“ oder eine Vernichtung des „Lebens“ nicht zur Folge hat.[1])

Dennoch sträubt sich nicht bloß das Standesbewußtsein der für die Frage rechtlich nicht minder als moralisch stark interessierten Ärztewelt,[2]) sondern auch das allgemeine Rechtsgefühl gegen die Annahme, die von einem Arzte vorgenommene Operation begrifflich als Körperverletzung zu charakterisieren.[3])

Der Begriff der Körperverletzung ist im Strafrecht,[4]) welches dem subjektiven Tatbestande nach eine vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzung unterscheidet, in § 223 Abs. 1 StGB. auch nach der objektiven Seite des Tatbestandes beschrieben mit den Worten: „Wer (vorsätzlich) einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt“. Diese Begriffsbestimmung ist auch

---

[1]) vgl. Oertmann, Komm. S. 1056, 2b; Planck, Komm. S. 970, 2b; RG. in Zivils. Bd. 68 S. 434; Zitelmann, Haftung des Arztes S. 12; derselbe im Arch. Bd. 99 S. 82; Rabel, Haftpflicht des Arztes S. 9f.; auch Staudinger, Komm. S. 1427, 7; Crome, Komm. S. 1018, 2.

[2]) vgl. Büdinger, Einwilligung zu ärztlichen Eingriffen S. 81.

[3]) vgl. auch Zitelmann, Haftung S. 13.

[4]) Ob strafrechtlich in der Vornahme einer Operation eine Körperverletzung liegt, gehört nicht in den Rahmen dieser Arbeit. Doch ist die Frage m. E. zu bejahen. Über die Vertreter der Gegenansicht vgl. die Literatur bei v. Liszt, Strafrecht S. 153 Anm. 4.

für das bürgerliche Recht von Bedeutung, insofern schon jede Antastung des Körpers, die sich als eine „Mißhandlung" desselben darstellt, als Körperverletzung anzusehen ist, auch wenn sie eine Beschädigung der Gesundheit nicht zur Folge hat.

Im allgemeinen ist jedoch jene strafgesetzliche Definition der Körperverletzung nicht geeignet, gerade für die streitige Frage der Operation dem bürgerlichen Rechte zur Grundlage zu dienen, zumal für beide Rechtsgebiete im wesentlichen dieselben Bedenken betreffs der Streitfrage sich ergeben. Nach § 823 Abs. 1 BGB. wäre die Operation, auch wenn sie keine Gesundheitsverletzung, sondern lediglich eine Vermögensbeschädigung des Operierten zur Folge hat, immer noch geeignet, als Körperverletzung in dem oben beschriebenen Sinne angesehen zu werden, und könnte als solche noch unter Umständen dazu dienen, eine Schadensersatzpflicht des Arztes zu begründen.

Die Bedenken nun, die im allgemeinen gegen die Auffassung der Operation als Körperverletzung geltend gemacht werden, gipfeln darin, daß eine Handlung, welche, wie die ärztliche Operation, eine Körper*heilung* bezweckt, schon begrifflich nicht unter die Kategorie der Körper*verletzung* fallen kann. Hierbei wird jedoch zweierlei übersehen: 1. nämlich, daß der ärztliche Eingriff in den Körper ungeachtet dessen, daß er zu Heilzwecken vorgenommen wird, dennoch als das *Mittel* zu dem erstrebten Zwecke eine Körperverletzung einbegreift; ferner aber, daß in all den Fällen, wo das Mittel *nicht* zu

dem erstrebten Ziele führt, sei es, daß ein völliger oder teilweiser, absoluter oder relativer Mißerfolg, Tod oder Verlust eines wertvollen Gliedes, Gesundheitsbeschädigung an Stelle eines erstrebten Vorteiles für die Gesundheit usw. usw. eintritt, alsdann nicht mehr der Zweck der Heilung für die Beurteilung des rechtlichen Tatbestandes ausschlaggebend sein darf. Vielmehr tritt bei verfehltem Zweck — ganz abgesehen von der subjektiven Seite des Tatbestandes: der Schuldfrage — gerade die Körperverletzung, als das Mittel, in seiner ganzen Nacktheit hervor, so daß es nicht mehr als etwas Nebensächliches (als „bloßes" Mittel zum Zwecke) beiseite geschoben werden darf, vielmehr gerade wegen der schädigenden Wirkung, die es hervorgerufen hat, für die Schadensersatzpflicht in Betracht gezogen werden muß. In dieser praktischen Hinsicht bleibt es aber, wenigstens für die uns hier allein interessierende Frage der zivilrechtlichen Haftung des Arztes, ganz gleichgültig, ob man die Operation als Körperverletzung oder als Gesundheitsverletzung oder als „Verletzung des Lebens" (§ 823) auffassen wollte, oder als was sie sich sonst ihrer schädigenden Wirkung nach jeweilig darstellt. Es ist klar, daß in all den Fällen die Operation ihrer Grundlage nach eine Körperverletzung in sich begreift, und daß diese als die erste Ursache für (eventuelle) schädigende Wirkungen bei der Schadensersatzpflicht anzusehen ist. Die schädliche, ihren Zweck verfehlende Operation scheint auch dem Begriffe der Körperverletzung (Gesundheitsbeschädigung

usw.) durchaus nicht zu widerstreben, und auch das „Rechtsgefühl“ (vgl. S. 5 d. Ausf.) sträubt sich in solchen Fällen, die doch gerade im Mittelpunkte des juristischen Interesses stehen, weniger gegen eine Charakterisierung der Operation als Körperverletzung als in dem (mit mehr oder weniger Berechtigung) als den Normalfall vorgestellten Fall, daß die nach den Regeln der medizinischen Kunst vorgenommene Operation den Zweck der Heilung erfüllt. Wollte man dennoch diesen Zweck nach der fraglichen Richtung als ausschlaggebend in den Vordergrund stellen, so wird man in den Fällen, wo dem operierenden Arzte ein unzweideutiges Verschulden zur Last fällt, seine Verpflichtung zum Schadensersatze also dringend gefordert wird, vor dieselbe Frage gestellt, ob nämlich die Operation nach Richtung ihrer objektiven Tatbestandsmerkmale als Körperverletzung aufzufassen ist oder nicht; und letzterenfalls als was sonst. Es geht nun hierbei zunächst nicht an, die Operation von dem Begriffe der Körperverletzung deshalb auszuschließen, weil diese bereits begrifflich durch das subjektive Moment der Böswilligkeit charakterisiert werde. Wäre dies richtig, so würde allerdings die böswillige Operation, weil diese den Heilungszweck ausschließt, unter den Begriff der Körperverletzung fallen, während letzterer auf alle die Fälle, wo die Operation nicht böswillig vorgenommen wird, ausgeschlossen wäre. Daß diese Ansicht jedoch weder für das Strafrecht noch für das bürgerliche Recht, wo auch die fahrlässige Körperverletzung für die Straf-

barkeit bezw. die Schadensersatzpflicht erheblich ist, zutrifft, liegt auf der Hand. Hamm (DJZ. 1907 Nr. 8 S. 450 f.) will, allerdings nur für die vorsätzliche Körperverletzung, das Moment der Böswilligkeit festgehalten wissen und die Operation, als einen vorsätzlichen Eingriff in den menschlichen Körper, mangels Böswilligkeit nicht als vorsätzliche Körperverletzung auffassen. Allein für die Feststellung des Begriffes der Körperverletzung handelt es sich zunächst um die Abgrenzung nach den objektiven Tatbestandsmerkmalen, und es muß demgemäß das subjektive Moment des Vorsatzes bezw. der Fahrlässigkeit dabei gänzlich außer Betracht bleiben, um eine Verwirrung zu vermeiden. Daß nach § 223 StGB. die böswillige Absicht für die vorsätzliche Körperverletzung eine unerläßliche Voraussetzung bildet, so daß eine vorsätzliche, aber in guter Absicht vorgenommene Körperverletzung, wie die Operation, den Tatbestand einer vorsätzlichen Körperverletzung nicht erfüllt, kann schon für das Strafrecht mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 223, der über die Absicht kein Wort enthält, zweifelhaft sein,[1]) darf aber für das bürgerliche Recht vollends dahingestellt bleiben, weil der Vorsatz wie die Fahrlässigkeit keinen weiteren Unterschied der Haftung für die Schadensersatzpflicht gemäß § 823 BGB. begründet, wie es für die Strafbarkeit laut §§ 223, 230 StGB. der Fall ist. Wollte

[1]) Dagegen die strafrechtliche Praxis des RG. (vgl. Entsch. in Strafs. Bd. 25 S. 378 ff.), welches den Begriff der vorsätzlichen Körperverletzung auch auf die Fälle widerrechtlicher Operationen anwendet.

man die Operation im Hinblick auf den ihr zugrunde liegenden Heilungszweck nicht als Körperverletzung bezw. vorsätzliche Körperverletzung ansehen, so müßte man gerade für die praktisch so häufigen Fälle einer fahrlässigen Operation jedenfalls einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt ausfindig machen, um eine Schadensersatzpflicht zu begründen.

In der Tat hat man versucht, die ärztliche Operation vom Standpunkte eines gegen die Willensfreiheit gerichteten Delikts juristisch besser beleuchten zu können, indem man eine ohne den Willen des Patienten vorgenommene Operation strafrechtlich als eine widerrechtliche Nötigung durch Gewalt zur Duldung der ärztlichen Behandlung (§ 240 StGB.) konstruieren wollte,[1]) namentlich dann, wenn der Arzt den Patienten zwecks Vornahme der Operation von seinen Gehilfen festhalten oder gegen seinen Willen durch narkotische Mittel bewußtlos machen läßt.[2])

Für die zivilrechtliche Haftung würde entsprechend das allgemeine Verbot der Freiheitsverletzung in Betracht kommen.[3]) Aber selbst dieses würde, obwohl die Grenzen hier weiter gesteckt sind, als wie bei der Nötigung, zur Begründung der Schadensersatzpflicht in solchen Fällen nicht ausreichen, in denen der Patient ohne ein Zutun oder ein Verschulden des Arztes sich in einem Zustande

---

[1]) vgl. v. Lilienthal in der Festgabe S. 41.

[2]) Zitelmann, Haftung S. 13.

[3]) vgl. Zitelmann a. a. O. S. 12.

der Bewußtlosigkeit befindet. Denn hier kann von einem gegen die Willensfreiheit des Patienten gerichteten Delikt im Sinne einer Nötigung oder Freiheitsverletzung nicht mehr gut die Rede sein. Im übrigen erscheint diese Konstruktion auch da, wo sie an sich durchführbar ist, als etwas Gekünsteltes gegenüber dem natürlichen Tatbestande der Operation, der jedenfalls, rein äußerlich betrachtet, unabweislich eine Körperverletzung darstellt (vgl. S. 5ff. d. Ausf.). Das innere, aus dem Zwecke der Operation entnommene Moment der Heilungsabsicht kommt im übrigen gegen die Anwendbarkeit des Begriffes der Freiheitsverletzung nicht minder zur Geltung, als wie gegenüber der Körperverletzung. Vom Standpunkte der letzterwähnten Auffassung eines unerlaubten Eingriffes in die Willenssphäre stellt sich die ohne Willen des Patienten ausgeführte Operation im allgemeinen auch nicht als etwas anderes dar, als eine Verletzung des Rechtes der freien Selbstbestimmung des Individuums im Hinblick auf die Rechtsgüter der körperlichen Unversehrtheit, der Gesundheit und des Lebens.

Bei dieser Betrachtungsweise tritt zugleich deutlich hervor, daß eine gegen die freie Selbstbestimmung des Patienten verstoßende Operation auch dann strafbar erscheinen sowie zum Schadensersatze verpflichten kann, wenn der bezweckte Heilerfolg im vollen Maße gelungen ist, so daß die auf operativem Wege vorgenommene Körperverletzung gänzlich in den Hintergrund tritt und von einer Gesundheitsbeschädigung jedenfalls nicht mehr die

Rede sein kann in Anbetracht des günstigen Erfolges. Dessenungeachtet kann auch hier eine Schadensersatzpflicht noch in Frage kommen, insofern nämlich auch die gelungene Operation von schädlichen Nebenwirkungen, z. B. einem mittelbaren Vermögensschaden (Verpflegungskosten, Entgehung des Arbeitsverdienstes während des Krankenlagers u. a.), begleitet sein kann.[1]) Das eigentliche Problem wird im übrigen bei obiger Betrachtungsweise vom Standpunkte der Verletzung der Willensfreiheit nicht berührt. Die Frage bleibt dabei allemal dieselbe, ob nämlich das Zweckmoment der Heilung der Operation den Charakter einer unerlaubten Handlung, einer (widerrechtlichen) Körperverletzung vollends benimmt, so daß die Strafbarkeit oder die Haftung für Schadensersatz sich nach anderen Gesichtspunkten zu bestimmen hätte, als nach den Normen, welche für eine Körperverletzung im Sinne der §§ 223, 230 StGB., §§ 823 ff. BGB. gelten.

Es läßt sich nun nicht verkennen, daß die Bedenken, welche der Anwendbarkeit des Begriffes der Körperverletzung auf die ärztliche Operation entgegenstehen, nicht unerheblich sind, und daß die de lege ferenda für eine Reform des Strafrechtes nach dieser Richtung hin gemachten Vorschläge,[2]) welche sämtlich darauf hinauslaufen, die strafbare ärztliche Operation als ein delictum sui generis besonderen Strafrechtsnormen zu unterstellen,

---

[1]) vgl. Zitelmann, Haftung S. 9.

[2]) vgl. Zitelmann, Haftung S. 19 ff.; Brückmann, Zeitschr. S. 704 ff.

durchaus Beachtung verdienen. Jene Bedenken treten aber, wie schon S. 7 d. Ausf. angedeutet wurde, für das bürgerliche Recht nicht in gleichem Maße hervor, und man kommt im übrigen bei Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze vermöge ihrer elastischeren Natur über die Schwierigkeiten, welche sich bei Unterstellung der ärztlichen Operation unter den Begriff der (widerrechtlichen) Körperverletzung ergeben, leichter hinweg, als wie auf strafrechtlichem Gebiete. Die Hauptschwierigkeit für die Regelung der zivilrechtlichen Haftung besteht in der Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen die ärztliche Operation als eine *widerrechtliche* Körperverletzung anzusehen ist, denn nur insoweit sie widerrechtlich ist, kann sie für die Schadensersatzpflicht überhaupt von Bedeutung sein. Eine Untersuchung nach dieser Richtung hin ist daher für das bürgerliche Recht unerläßlich (übrigens auch für das hier nicht weiter interessierende Strafrecht von großer Wichtigkeit, vgl. S. 1f. d. Ausf.). Daher ist im folgenden für die Bestimmung jener Voraussetzungen der Widerrechtlichkeit einer Operation noch das Erforderliche zu sagen, um das dem Thema zugrunde liegende Problem des näheren zu beleuchten.

## § 3.

## Unter welchen Voraussetzungen ist die Operation als widerrechtlich anzusehen?

Wann eine Handlung als widerrechtlich anzusehen ist oder nicht, läßt sich im *allgemeinen* nicht be-

stimmen, ist vielmehr nur aus dem Charakter der Handlung im Einzelfalle unter Berücksichtigung aller Umstände zu entnehmen.[1])

Das Reichsgericht hat freilich in einer grundlegenden Entscheidung über die Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung (als Voraussetzung für ihre Strafbarkeit) eine allgemeine Bestimmung der Rechtswidrigkeit zu geben versucht. „Objektiv rechtswidrig ist jedes an sich normwidrige Handeln, solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes, selbständiges Recht zur Seite steht.“ [2]) Es ist aber in dieser Definition nicht gesagt, wann eine Handlung „an sich normwidrig“ ist, und es entfällt damit ein wichtiges Moment für den Begriff der Widerrechtlichkeit im allgemeinen. Im einzelnen und insbesondere für die Beurteilung der Operation ergibt sich freilich daraus so viel, daß die objektiv, d. h. äußerlich eine Körperverletzung darstellende Operation *an sich* normwidrig ist, da das Recht auf körperliche Unversehrtheit [3]) ein absolutes, und zwar eines der wichtigsten Individualrechte ist, und daher, ähnlich wie das Eigentum, jedermann gegenüber unantastbar bleibt, insoweit nicht die Rechtsordnung selbst zum Eingriffe in die fremde Rechtssphäre (körperliche Integrität, Eigentum) einem anderen eine besondere Befugnis verleiht. Von diesem Standpunkte aus ist dem Reichsgerichte (a. a. O.) vor allem

---

[1]) vgl. auch *Graf zu Dohna*, Rechtswidrigkeit S. 103.

[2]) RG. in Strafs. Bd. 25 S. 378.

[3]) vgl. auch *Crome*, Komm. S. 1017 f.

darin beizustimmen, daß nicht bereits der Zweck der Heilung, ebensowenig wie der Erfolg, von dem die ärztliche Operation begleitet ist, diese zu einer schon an sich erlaubten Handlung macht, bezw. ihr den Charakter einer „an sich normwidrigen" Handlung benimmt. Es bedarf vielmehr überall des Nachweises, daß dem Operierenden, eben der zum Zwecke einer Heilung eine Körperverletzung vornehmenden Person, eine den Ausschluß der Widerrechtlichkeit bewirkende Befugnis zur Seite steht, ohne welche die Operation als eine an sich normwidrige Handlung von der Rechtsordnung gemißbilligt wird, d. h. „widerrechtlich" bleibt.

Von den im Hinblick hierauf in der Literatur vertretenen Theorien nimmt die Zwecktheorie einen prinzipiell entgegengesetzten Standpunkt ein, insofern nach ihr die Operation mit Rücksicht auf den Heilungszweck als einen von der Rechtsordnung allgemein gebilligten, an sich nicht widerrechtlich ist, sondern nur beim Vorliegen gewisser Umstände zu einer widerrechtlichen Handlung werden kann, insbesondere dann, wenn sie in nicht zweckmäßiger Weise erfolgt, d. h. gegen die Regeln der medizinischen Kunst verstößt, aber auch dann, wenn sie gegen den ausdrücklichen Willen des Patienten vorgenommen wird.

Andere Schriftsteller suchen die Befugnis des Arztes zu operativen Eingriffen ganz allgemein durch die Annahme eines dafür bestehenden Gewohnheitsrechtes zu stützen, oder ohne eine solche Annahme auf Grund

eines sogen. „Berufsrechtes“ die ärztliche Tätigkeit als eine nicht widerrechtliche zu charakterisieren.

Allen diesen Anschauungen steht gegenüber die Theorie der Einwilligung, wonach die ärztliche Befugnis zu Operationen in concreto nur durch die jeweilige Einwilligung des Patienten gerechtfertigt wird, so daß die Operation den Charakter der Widerrechtlichkeit verliert.

Diese Lehre wird durch die Theorie der Geschäftsführung ohne Auftrag, deren nähere Begründung das „große Verdienst“ [1]) Zitelmanns (Haftung S. 16 ff., Arch. S. 104 ff.) ist, in nicht unwesentlichen Beziehungen wirksam ergänzt. Über diese wird unten ausführlich zu sprechen sein.

Die Theorie der Einwilligung steht, wie leicht zu erkennen ist, zu der Zwecktheorie in einem diametralen Gegensatze, verdient aber dieser gegenüber den Vorzug, was später begründet werden soll.

Zunächst ist abzulehnen die Ansicht, wonach ein Gewohnheitsrecht für eine allgemeine Befugnis der Ärzte zu operativen Eingriffen behauptet wird.[2]) Hierfür fehlt es an jeglichem Nachweise. Viel eher ist das Gegenteil nachweisbar. In Ärztekreisen ist es ein feststehender Grundsatz,[3]) selbst in solchen Fällen, wo ein Vertrag zur

[1]) Oertmann, Komm. S. 1069 e.

[2]) vgl. Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen S. 17 ff.; Schmidt, Verantwortlichkeit des Arztes S. 38 ff.

[3]) s. auch Seuffert Bd. 48 S. 413.

ärztlichen Behandlung im allgemeinen vorliegt, noch die besondere ausdrückliche Einwilligung des Patienten einzuholen, sobald der Arzt zu dem Entschlusse gelangt, eine Operation vorzunehmen. Auch wo dieselbe bereits erteilt ist, kann sie wieder zurückgenommen werden, da der Vertrag mit einem Arzte gemäß §§ 627, 649 BGB.[1]) sofort kündbar ist. Wo die Einwilligung zur Operation versagt wird, da muß sie unterbleiben, widrigenfalls eine widerrechtliche vorsätzliche Körperverletzung anzunehmen ist, die als solche nicht nur zum Schadensersatze verpflichtet, sondern auch strafbar macht. Dies darf als gewohnheitsmäßig feststehendes Recht gelten und nicht bloß als ärztliche Sitte, für deren Befolgung kein Rechtszwang (opinio necessitatis)[2]) bestehen würde. Dieser Standpunkt wird auch von dem Mediziner Büdinger[3]) in seiner auch in anderer Hinsicht lehrreichen Abhandlung (S. 7 ff.) geteilt. Jedenfalls würde aber schon das Bestehen einer bloßen Sitte ausreichen, um die Annahme eines gegenteiligen Gewohnheitsrechtes, wonach die Befugnis zur Operation einem Arzte schlechthin zustehen soll, vollends auszuschließen.[4]) Zu berücksichtigen ist auch, daß für die gemeinrechtliche Bildung eines derartigen

---

[1]) vgl. auch Hellwig, Stellung des Arztes S. 23, 30 ff.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 Abt. 1 S. 58, 3.

[3]) vgl. auch Kühner, Sammlung klinischer Vorträge S. 152.

[4]) vgl. hierzu auch Behr im Gerichtssaal Bd. 62 S. 408; Graf zu Dohna a. a. O. S. 101 ff.; v. Lilienthal a. a. O. S. 33 ff.; Stenglein in DJZ. 1899 Nr. 5 S. 107; v. Liszt, Strafrecht S. 153 III, 1.

Gewohnheitsrechtes, das ja nur für den Stand der staatlich approbierten Ärzte behauptet wird, infolge der noch kurzen und keineswegs einheitlichen Entwicklung des ärztlichen Berufsstandes im obigen Sinne (seit Beginn des vorigen Jahrhunderts) gerade kein günstiger Boden vorhanden war; vielmehr beweist die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe,[1] daß schon frühzeitig in fast allen Gebietsteilen des gemeinen Rechtes, einschließlich des Reichsrechtes, nach der fraglichen Richtung hin eine ziemliche Rechtsunsicherheit herrschte.

Im Zusammenhange mit obiger Anschauung steht die nicht minder verfehlte Annahme, wonach eine allgemeine Befugnis des Arztes zur Operation aus dem ärztlichen Berufsrechte gefolgert wird.[2])

Für das Bestehen eines derartigen Berufsrechtes fehlt es (mangels eines Gewohnheitsrechtes) an jeglicher gesetzlicher Grundlage.[3]) Ein derartiges exorbitantes Recht — sollte es jemals statuiert werden — ist ohne eine positive Gesetzesbestimmung gar nicht denkbar. Sollte jedoch de lege ferenda ein solches ärztliches Privileg ein-

---

[1]) vgl. Urteil des OLG. Braunschweig v. 13. 2. 1893 in Seufferts Arch. Bd. 48; Urteil des RG. v. 31. 5. 1894, Entsch. in Strafs. Bd. 25 S. 375 ff. (Hamburger Fall); Urteil des OLG. Dresden v. 7. 10. 1897 in DJZ. 1899 Nr. 9 S. 199 f. (Dresdener Fall).

[2]) So Binding, Handb. S. 803; Hamm, DJZ. 1907 Nr. 8 S. 449; Planck a. a. O. S. 958 und früher auch v. Liszt in seinem Lehrbuche (seit der 12. Aufl. aufgegeben).

[3]) vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrb. S. 598, 29.

mal vorgeschlagen werden, so würden dagegen erhebliche Bedenken[1]) geltend zu machen sein. In Betracht kommt dabei nicht nur, daß viele Patienten überhaupt eine Abneigung gegen ärztliche Behandlung und insbesondere gegen Operationen haben; letzteres aus der verständigen Erwägung, daß es besser ist, das mit einer Operation so häufig verbundene besondere Risiko des Mißlingens, namentlich im Falle einer Lebensgefährdung, nicht einzugehen, vielmehr die Krankheit ihren natürlichen Lauf gehen zu lassen. Sondern es ist vor allem auch zu berücksichtigen, daß die Wahl eines Arztes, namentlich eines geschickten Operateurs (Chirurgen), im Leben eine große Rolle spielt, indem man nicht jedem Arzte sein Vertrauen entgegenzubringen gewillt ist. Dies ist aber ausgeschlossen, wenn man unabhängig von dem Willen des Patienten jedem Arzte auf Grund eines angeblichen Berufsrechtes die Befugnis einräumen wollte, eigenmächtig Operationen vorzunehmen.

In den Fällen aber, wo ein derartiges eigenmächtiges Handeln geboten erscheint, nämlich bei sogen. Notoperationen (s. unten S. 48 f.), erweist sich die Zugrundelegung jenes Privilegs wegen seiner Beschränkung auf staatlich approbierte Ärzte als zu eng. Die Not kann es nämlich gebieten, namentlich wenn kein Arzt gegenwärtig oder erreichbar ist, daß auch Laien oder heilkundigen Personen, welche nicht als Ärzte staatlich appro-

---

[1]) vgl. hierzu auch Zitelmann, Haftung S. 26.

biert sind, die Befugnis zur Operation nach Maßgabe ihrer Fähigkeiten und Geschicklichkeit zugebilligt werden muß, so zwar, daß sie auch ohne Willen des (bewußtlosen) Patienten nicht mehr als eine widerrechtliche Körperverletzung beurteilt werden darf.

Die Annahme eines Berufsrechtes ist daher abzulehnen, ebenso auch die herrschende Meinung.[1])

Was nun die Zwecktheorie betrifft, so sind die dagegen sprechenden Bedenken im wesentlichen schon in der obigen Erörterung des Begriffes der Operation als Körperverletzung berührt worden (vgl. S. 6 ff. d. Ausf.). Die Anhänger der Zwecktheorie[2]) betonen, daß der objektive Zweck der Heilung — im Gegensatze zu dem bloß subjektiv vorgestellten Zwecke, dem Motive der Handlung — geeignet ist, der Operation von vornherein den Charakter einer rechtswidrigen Handlung (insbesondere auch einer strafbaren Körperverletzung) vollends zu nehmen, so daß sie sich überhaupt nicht mehr unter den Begriff einer

[1]) RG. in Zivils. Bd. 68 S. 434; Oertmann a. a. O. S. 1067 c; Zitelmann, Haftung S. 15; derselbe im Arch. S. 111 f.; Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. S. 598, 29; Sächs. Arch. Bd. 7 S. 730; v. Weinrich, Haftpflicht wegen Körperverletzung S. 36; RG. in Strafs. Bd. 25 S. 379 f., 387; Graf zu Dohna a. a. O. S. 96 f.; v. Liszt, Ärztliche Rechtskunde S. 31; derselbe, Lehrb. S. 153 III/I; Behr a. a. O. S. 404 ff.; Oppenheim a. a. O. S. 14 f.; vgl. auch v. Lilienthal a. a. O. S. 35 ff.

[2]) vgl. v. Lilienthal a. a. O. S. 37 ff.; v. Liszt, Ärztliche Rechtskunde S. 32 f.; derselbe, Lehrb. a. a. O.; Graf zu Dohna a. a. O. S. 99 ff.

Körperverletzung einreihen läßt. Es läßt sich nun nicht ohne weiteres in Abrede stellen, daß der einer Handlung innewohnende Zweck den Charakter der Handlung derart umgestalten kann, daß sie mit Rücksicht auf deren (objektiven) Zweck nicht mehr als (an sich) rechtswidrig beurteilt werden darf. Man darf auch zugeben, daß dieser Gesichtspunkt in gewissen Fällen auch für die ärztliche Operation ausschlaggebend sein muß. Allein für eine prinzipielle Regelung der Frage erweist sich die Zwecktheorie als unbrauchbar. Sie zeigt sich nämlich allenfalls nur für die Regelung derjenigen Fälle als anwendbar, die als allerdings wichtige und praktisch häufige Ausnahmefälle im Leben vorkommen, während sie den Regelfall ausschließt. Als letzterer muß aber derjenige Fall gelten, wo die Einholung der Einwilligung des Patienten zur Operation möglich ist. Daß in diesem Falle die Operation mangels Einwilligung rechtswidrig ist, das ist, wie oben erörtert wurde, feststehendes Recht Die Ausnahmefälle dagegen liegen nur dann vor, wenn die Einwilligung des Patienten nicht ohne weiteres erteilt werden kann.

Außer dem Falle der Bewußtlosigkeit (Fall 1) kommen noch zwei andere Fälle aus der gerichtlichen Praxis in Betracht:

Im Laufe einer Operation, zu der die Einwilligung erteilt ist, ergibt sich die Notwendigkeit einer weiteren Operation, zu der die Einwilligung aber nicht eingeholt werden kann, weil der Patient bewußtlos ist oder nicht

dispositionsfähig erscheint (Fall 2). Dieser Fall ist dem Fall 1 verwandt.

Eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person bedarf einer Operation, es ist aber nicht möglich, die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters einzuholen, weil dieser abwesend ist (Fall 3).

In diesen drei Fällen kann ein Eingreifen des Operateurs auch ohne Einwilligung des Patienten bezw. seines Vormundes notwendig erscheinen, ohne daß dadurch die Operation zu einer widerrechtlichen Körperverletzung wird.

Die Zwecktheorie wird nun mit der Regelung dieser Ausnahmefälle leicht fertig, insofern sie bei objektiv zweckmäßig vorgenommener Operation die Handlung des Arztes stets als nicht widerrechtlich betrachtet, und daher auch bei mißlungener Operation weder Strafbarkeit noch Schadensersatzpflicht für begründet hält.

Indem nun hier alles auf die Zweckmäßigkeit der Operation abgestellt wird, gerät diese Theorie aber gerade für den Regelfall in Verlegenheit, insofern die mangelnde Einwilligung zu einer auch noch so zweckmäßigen Operation unzweifelhaft bewirkt, daß die Operation widerrechtlich wird, wenn sie der Arzt gegen den Willen des Patienten vornimmt. Es ist nur eine schlechte Ausflucht, eher geeignet die Schwäche der Theorie aufzudecken, als zu verdecken, wenn hier gesagt wird,[1]) daß eine

[1]) vgl. Graf zu Dohna a. a. O. S. 107.

Operation, die wider den Willen des Patienten erfolgt, um deswillen schon nicht mehr zweckmäßig ist.

Auch diese Theorie kann demnach nicht befriedigen.[1])

Zu gesunden theoretischen und praktischen Ergebnissen gelangt man vielmehr nur, wenn man von dem Regelfalle und der feststehenden Rechtsnorm ausgehend die Einwilligung des Patienten zur theoretischen Grundlage für die prinzipielle Regelung der Rechtsfrage nimmt. Nach dieser Richtung hin ist die Theorie, welche den (ausdrücklichen oder präsumtiven) Willen des zu Operierenden zum Ausgangspunkte für die dogmatische Betrachtung macht, auch völlig einwandsfrei und von der herrschenden Meinung anerkannt.[2])

Für die oben (S. 21f.) erwähnten, hier besonders interessierenden Ausnahmefälle erfährt aber die Theorie

[1]) vgl. auch Behr a. a. O. S. 403; Zitelmann, Haftung S. 23; Schmidt a. a. O. S. 23f.

[2]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 1067c; RG. in Zivils. Bd. 68 S. 437; RG. in Strafs. Bd. 25 S. 382; OLG. Darmstadt bei Seuffert Bd. 62 S. 270f.; ebenda RG. in Zivils. S. 450f.; Seuffert Bd. 48 S. 413; Zitelmann, Arch. a. a. O. S. 47ff., S. 54; derselbe, Haftung S. 15; Büdinger a. a. O. S. 7; Sächs. Arch. a. a. O. S. 730; Hellwig, Stellung des Arztes S. 22; Graf zu Dohna a. a. O. S. 107; Rabel a. a. O. S. 30; Stenglein, DJZ. 1899 Nr. 5 S. 107, Nr. 7 S. 151; Planck a. a. O. S. 978; Endemann, Lehrb. S. 751, 14; Cosack, Lehrb. S. 597, 2a; Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. S. 385; Staudinger a. a. O. S. 1426, 5; Goldmann-Lilienthal, Komm. S. 883; Fromme, Berliner Klinik S. 13; Weyl, Verschuldensbegriffe S. 612; Jung, Schadensverursachung S. 18.

(wie schon S. 16 der Ausführung gesagt wurde) eine wichtige Ergänzung durch Anwendung der Rechtssätze, welche für eine Geschäftsführung ohne Auftrag Geltung haben.

Danach kommt es darauf an, daß mangels einer ausdrücklichen Einwilligung des zu Operierenden die Operation nur vorgenommen werden darf:

1. wenn sie dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des zu Operierenden entspricht,
2. wenn sie im Interesse des letzteren lag, d. h. zweckmäßig war (vgl. §§ 678, 677 BGB.). Bezüglich des Willenskriteriums ist folgendes zu bemerken. Die Einwilligung zur Operation braucht nicht, wie regelmäßig (oben S. 17), dem Arzte gegenüber besonders erteilt worden zu sein, sie entspricht dem „wirklichen Willen“ schon dann, wenn irgendwie sonst der Patient (Geschäftsherr) seinen Willen früher nach der Richtung hin geäußert hat, daß er gegen eine eventuelle Operation nichts einzuwenden habe.[1]) Aber auch wenn dies nicht geschah, kann aus der Sachlage heraus — falls nicht besondere Umstände oder Gründe dagegen sprechen — die Operation als dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprechend angesehen werden; dies besonders dann, wenn die Vornahme der Operation

---

[1]) vgl. Büdinger a. a. O. S. 50; Stenglein a. a. O. Nr. 5 S. 107.

aus allgemeinen sowie aus medizinischen Erwägungen rationell und zweckmäßig erscheint und keinerlei Bedenken obwalten, daß die Operation sachlich nicht gerechtfertigt wäre.

Insofern besteht also eine gewisse Wechselbeziehung zwischen dem Willens- und Interessekriterium,[1] so daß ersteres völlig in den Hintergrund treten kann, wenn sich kein besonderer Anhalt für den Willen des Geschäftsherrn bietet und demzufolge sein Interesse zum ausschlaggebenden Gesichtspunkt für die Geschäftsführung erhoben wird. Dies hat zu der Annahme verleitet, daß es gerade in den Ausnahmefällen der Bewußtlosigkeit des Patienten usw. auf die Feststellung des Willens bei dem Patienten gar nicht ankommt, wenn nur die Operation zweckmäßig war.[2] Dies ist aber zu weit gegangen. Vielmehr greifen die Grundsätze der Geschäftsführung ohne Auftrag durch, wonach eine Prüfung nach der Richtung eines mutmaßlichen Willens prinzipiell nicht unterbleiben darf und das schuldhafte Unterlassen einer solchen Prüfung die Geschäftsführung nicht nur unwirksam macht, so daß

---

[1]) vgl. Oertmann, Komm. S. 814; auch v. Bar, Gerichtssaal Bd. 60 S. 97: „In den meisten Fällen der Bewußtlosigkeit usw. wird es darauf hinauskommen, daß der ärztliche Eingriff ein rationeller ist. Und zwar ist rationell das Opfer eines Gliedes, um das Leben zu retten, wobei es nicht in Betracht kommt, ob der Patient, wenn er wirklich befragt wäre, anders entschieden hätte, oder daß er dieses hinterher erklärt".

[2]) vgl. Graf zu Dohna a. a. O. S. 108.

der Geschäftsführer den Ersatz von Aufwendungen nicht verlangen darf, sondern ihn sogar auch dem Geschäftsherrn gegenüber schadensersatzpflichtig machen kann, mag auch der Geschäftsführer dabei völlig im guten Glauben gehandelt haben. Im § 678 BGB. ist dieser Rechtssatz ausdrücklich hervorgehoben worden. Auch wenn durch die Geschäftsführung das Interesse des Geschäftsherrn gewahrt wurde, wird der Geschäftsführer im Falle eines Mißerfolges schadensersatzpflichtig, wenn er erkennen mußte, daß die Übernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn im Widerspruch stand. Daraus folgt, daß eine Prüfung bezüglich des Willenskriteriums stets anzustellen ist, und wenn sie in schuldhafter Weise unterbleibt und der Geschäftsführer den Willen des Geschäftsherrn mit seiner Geschäftsführung nicht getroffen hat, er die Geschäftsführung auf eigene Gefahr übernahm und für jeden Mißerfolg dabei haftet.[1] Im Zusammenhange damit steht auch die Vorschrift des § 681 BGB., wonach der Geschäftsführer die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und dessen Entschließung abzuwarten hat, es sei denn, daß mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist. Daraus folgt, daß besonders auch dann, wenn von vornherein der Wille des Geschäftsherrn nicht ermittelt werden konnte, noch nachträglich darauf Bedacht zu nehmen ist und sobald als

[1] vgl. Endemann a. a. O. S. 1122 Anm. 20.

tunlich seine Entschließung abzuwarten bleibt. Daß ein Unterlassen nach dieser Richtung hin ebenfalls die Geschäftsführung unwirksam macht, falls der Wille nicht richtig getroffen ist, und event. zum Schadensersatze verpflichten kann, versteht sich von selbst und bedurfte im Gesetze keiner ausdrücklichen Erwähnung.

Die Anwendung dieser Rechtssätze auf den Fall einer ärztlichen Operation erscheint durchaus sachgemäß.

Insoweit steht die Theorie der Geschäftsführung ohne Auftrag mit der Theorie der Einwilligung ganz im Einklange, als auch bei ihr das Willensmoment nicht zu vernachlässigen ist. Daneben kommt auch das Moment des Interesses, d. h. die Zweckmäßigkeit, in Betracht, und zwar spielt dieses Moment in zahlreichen Fällen des Lebens eine große Rolle. Unzutreffend ist es, wenn Brückmann (a. a. O. S. 675), welcher alles auf den Willen des Patienten abgestellt wissen will, gegen die Theorie der Geschäftsführung ohne Auftrag einwendet, daß es auf den Erfolg oder den Mißerfolg der Operation für die Strafbarkeit bezw. Schadensersatzpflicht des Arztes nicht ankommen kann, wenn er dem mutmaßlichen Willen des Patienten gemäß gehandelt hat. Freilich ist der Erfolg[1]) der Geschäftsführung für deren Wirksamkeit nicht ausschlaggebend, falls die sonstigen Voraussetzungen für eine wirksame Geschäftsführung

[1]) vgl. Oertmann, Komm. S. 815 d.

(Wille und Interesse des Geschäftsherrn) vorliegen.[1]) Der Geschäftsführer haftet alsdann nur für ein Verschulden, unter Umständen sogar nur für grobe Fahrlässigkeit (§ 680), dagegen haftet er niemals für bloßen Zufall, d. h. für einen unverschuldeten Mißerfolg seiner Geschäftsführung, wenn nur dieselbe gemäß dem Willen und dem Interesse des Geschäftsherrn übernommen war. Der Einwand von Brückmann beruht daher augenscheinlich auf einer Verwechslung von Interesse und Erfolg, die jedoch für den juristischen Sprachgebrauch keineswegs identifiziert werden dürfen. Auch der Arzt muß daher, und zwar in erster Linie, darauf bedacht sein, daß die Operation dem Interesse des Patienten entspricht, d. h. objektiv zweckmäßig ist. Selbst die ausdrückliche Einwilligung zur Operation kann den Arzt von dieser berufsmäßigen Verpflichtung, nämlich der Prüfung der medizinischen Zweckmäßigkeit, nicht entbinden. Liegt ein Honorarvertrag (Dienstvertrag, Werkvertrag) vor, so hat dieser zum allgemeinen Inhalt, daß der Arzt nach den Regeln der medizinischen Kunst die ärztliche Behandlung vornimmt, und nur unter dieser Geschäftsbedingung wird die Einwilligung zur Operation erteilt. Aber auch dann, wenn ein solcher Vertrag nicht vorliegt (z. B. bei Behandlung in einer öffentlichen Klinik), kann die Einwilligung des Patienten den operierenden Arzt keineswegs von der Verpflichtung be-

---

[1]) vgl. „negotium utiliter coeptum“ des gemeinen Rechts; Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 335.

freien, die Operation nicht unzweckmäßigerweise, z. B. zu bloßen Experimentszwecken, vorzunehmen, anstatt nach feststehenden medizinischen Grundsätzen. Der Satz „volenti non fit iniuria“ [1]) gilt nicht unbedingt, insbesondere nicht bei Körperverletzungen,[2]) sondern nur in den Grenzen von Recht und Sitte.[3]) Der Arzt kann sich daher ungeachtet des Umstandes, daß eine Einwilligung vorliegt, strafbar und schadensersatzpflichtig machen, wenn ihm bei Prüfung der Zweckmäßigkeit ein Verschulden (Kunstfehler, vgl. S. 36 d. Ausf.) zur Last fällt. Um so mehr muß dies in den Fällen gelten, wo ohne ausdrückliche Einwilligung an einem Bewußtlosen eine Operation vorgenommen werden soll. Hier genügt keineswegs die bloße Feststellung des mutmaßlichen Willens, zumal dieser, wie oben (S. 25) gezeigt wurde, häufig in Wechselbeziehung mit dem Interessekriterium steht, indem gerade mit Rücksicht darauf, daß der Patient einer rationellen Operation seine Einwilligung nicht versagt hätte, der Wille des Bewußtlosen präsumiert werden darf. Aus der obigen Erörterung folgt zugleich, daß die Theorie der Geschäftsführung ohne Auftrag sich im Hinblick auf

---

[1]) vgl. l. 1, 5 D. de iniuriis 47, 10: „. . . quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat“.

[2]) vgl. hierzu Oertmann a. a. O. S. 1068 d; v. Liszt, Ärztliche Rechtskunde S. 28; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 883, 2; Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. S. 598 c und Anm. 26, 27, 28 daselbst.

[3]) vgl. auch Schütze, Lehrb. S. 104 ff.

das Interessekriterium von der Theorie der Einwilligung nicht wesentlich unterscheidet, diesem vielmehr auch bei letzterer schon eine große Bedeutung zuzumessen ist. Beide Theorien stehen miteinander im vollen Einklange, und die eine ergänzt die andere in durchaus wirksamer Weise bezüglich der Ausnahmefälle.

Unhaltbar ist es schließlich, wenn gegen die Theorie der Geschäftsführung ohne Auftrag eingewendet wird,[1]) daß die ärztliche Behandlung überhaupt nicht den Charakter einer Geschäftsbesorgung[2]) im Sinne des § 677 habe, weil diese nur solche Geschäfte betreffe, die der Geschäftsherr selbst für sich führen könnte, während er zur Vornahme einer Operation an sich selbst regelmäßig unfähig sei. Allein dies beruht schon im allgemeinen auf einer unzutreffenden Annahme,[3]) und aus §§ 662 u. 675 BGB. folgt insbesondere, daß auch die ärztliche Tätigkeit[4]) Gegen-

---

[1]) vgl. Hellmann, Krit. VSchr. S. 222; Wittkowsky, JurW. Nr. 9—11 S. 87; Hamm, DJZ. S. 449.

[2]) Unklar Kohler, welcher (Lehrb. S. 117) sagt, daß „ärztliche Leistungen nicht unter die Geschäftsbesorgung fallen", andererseits aber a. a. O. S. 446) anführt, daß eine „Menschenhilfe vor allem in leiblicher Hilfe bestehen kann".

[3]) vgl. Fischer-Henle, Komm. Anm. 2 zu § 677: „Das Geschäft braucht nicht derartig zu sein, daß es auch der Geschäftsherr hätte vornehmen können"; Zitelmann, Haftung S. 16; derselbe im Arch. S. 112; Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers ohne Auftrag S. 21, 4; and. A. Engelmann, Bürgerl. R. S. 461.

[4]) And. A. Isay a. a. O. S. 46; Behr a. a. O. S. 419.

stand einer Geschäftsbesorgung[1]) sein kann, sobald sie den Inhalt eines Auftrages oder eines Dienst- oder Werkvertrages bildet, und es ist nicht einzusehen, weshalb sie es im Falle einer auftraglosen Geschäftsführung nicht sollte sein können.

## § 4.

## Verhältnis der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu den allgemeinen Bestimmungen der §§ 823 ff. über unerlaubte Handlungen.

Man wird nach den bisherigen Ausführungen der Theorie der Geschäftsführung ohne Auftrag für die Lösung unseres Problems unbedenklich beistimmen dürfen,[2]) zumal diese Auffassung bezüglich der fraglichen Ausnahmefälle sich als die juristisch natürliche erweist. Kohler (Jahrb. f. Dogm. Bd. 25 S. 1 ff.) hat das Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag treffend als die rechtliche Anerkennung der „Menschenhilfe im Privatrecht" bezeichnet;[3]) einer der wichtigsten Fälle aus dem Leben ist die ärztliche Hilfe, die einem Verunglückten in bewußtlosem Zustande geleistet wird.

---

[1]) vgl. auch Fischer-Henle a. a. O. Anm. 1 zu § 677 in Verb. mit Anm. 3 zu § 662; Brückmann a. a. O. S. 21; Matthiaß, Lehrb. des bürgerl. R. S. 684.

[2]) Ebenso Oertmann, Komm. S. 1069 e; Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. S. 593, 29; vgl. auch Rabel a. a. O. S. 7; Fromme a. a. O. S. 7; Winter, Gesetz und Recht S. 191.

[3]) Derselbe, Lehrb. S. 445 ff.

So unbedenklich nun auch die Anwendung dieser juristischen Kategorie auf das fragliche Rechtsverhältnis im allgemeinen erscheint, so ergeben sich dennoch im einzelnen bei Durchführung des Gedankens gewisse Schwierigkeiten. Es fragt sich nämlich, in welchem Verhältnis die Rechtssätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu denjenigen Rechtssätzen stehen, welche für die Schadensersatzpflicht aus einer unerlaubten Handlung, nämlich einer Körperverletzung, in erster Linie in Frage kommen. Dies ist noch des näheren hier zu erörtern.

Zunächst kann bezüglich des fraglichen Rechtsverhältnisses zweifelhaft sein, ob eine auftraglose Geschäftsführung geeignet ist, den Ausschluß der Widerrechtlichkeit einer an sich rechtswidrigen Handlung zu bewirken, so daß die Operation an einem Bewußtlosen nicht mehr als eine widerrechtliche Körperverletzung in Betracht kommt.

Diese Frage ist von Zitelmann (Arch. S. 104 ff.), m. E. mit Recht,[1]) bejaht worden, während Planck (a. a. O. S. 682 ff.), dem sich Staudinger (a. a. O. S. 1427, 7) anschließt, dies in ausführlicher Weise zu widerlegen sucht.

Wenn nun auch Planck zugegeben werden kann, daß einzelne von Zitelmann zur Begründung seiner Ansicht herangezogene Argumente (§§ 677 u. 678 BGB.) nicht zwingender Art sind, so wird dennoch durch diese Polemik die Richtigkeit obiger Ansicht ihrem Hauptgrunde

---

[1]) Derf. A. Oertmann, Komm. S. 1069e; Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. S. 598, 3d; Endemann a. a. O. S. 1268, 25.

nach nicht berührt.[1]) Unmöglich kann die Rechtsordnung ein seit alters bestehendes, im einzelnen ausgebautes Rechtsinstitut wie die Geschäftsführung ohne Auftrag anerkennen [2]) und gleichzeitig ihm die Anerkennung versagen, indem die Handlung des unbeauftragten Geschäftsführers als eine unerlaubte, widerrechtliche gelten soll. Vielmehr kann die von der Rechtsordnung gebilligte eigenmächtige „Menschenhilfe im Privatrecht", ebenso wie die Akte der Notwehr, des Notstandes, der Selbsthilfe und der Nothilfe (§§ 227, 228, 229 f. u. 904 BGB.) nicht mehr als „widerrechtlich" angesehen werden (so daß z. B. Notwehr dagegen laut § 227 Abs. 2 unzulässig wäre), natürlich nur insoweit sie innerhalb der von der Rechtsordnung gezogenen Grenzen gestattet sind. Nur die wirksame Geschäftsführung ohne Auftrag, d. h. nur die gemäß dem Willen und im Interesse des Geschäftsherrn unternommene, bewirkt daher, daß eine an sich rechtswidrige Handlung nicht mehr als widerrechtlich gilt.[3])

Fehlt es dagegen nur an einem der beiden Momente, so bleibt die Handlung, die unzweckmäßig oder wider den mutmaßlichen Willen des Patienten vorgenommene Operation, eine objektiv widerrechtliche Handlung. Damit wird freilich noch nicht behauptet, daß sie alsdann stets auch zum Schadensersatze verpflichtet. Denn dazu ist weiter nach § 823 BGB. erforderlich, daß die widerrecht-

---

[1]) vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. S. 598, 29.

[2]) vgl. Zitelmann a. a. O. S. 105; derselbe, Haftung S. 17.

[3]) vgl. Brückmann, Rechte des Geschäftsführers S. 19 f.

liche Handlung von dem Täter verschuldet war, und ferner auch, daß ein Schaden dadurch verursacht bezw. überhaupt entstanden ist.

War die widerrechtliche Handlung nicht verschuldet, so tritt keine Ersatzpflicht ein.

In § 678 wird demgemäß nur für den Fall, daß der Geschäftsführer „erkennen mußte“ (vgl. § 122 Abs. 2 BGB.), daß die Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn im Widerspruch steht, also nur wenn er sich bei der Übernahme der Geschäftsführung in einem unentschuldbaren Irrtume befand, die Verpflichtung zum Schadensersatze ausgesprochen. Daraus folgt zugleich, daß die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn der Geschäftsführer sich hierbei in einem entschuldbaren Irrtume[1]) befand.[2]) Dasselbe muß aber auch gelten, wenn der Geschäftsführer bezüglich des Interessekriteriums sich in einem entschuldbaren Irrtume befand. Denn auch hier handelt es sich um einen Irrtum bezüglich der Widerrechtlichkeit, der, falls er entschuldbar ist, nicht zum Schadensersatze verpflichtet, mag auch die Handlung zufolge des Irrtums objektiv widerrechtlich

---

[1]) Der Irrtum ist entschuldbar, wenn er „trotz Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt nicht vermieden werden konnte“, d. h. wenn er nicht auf Fahrlässigkeit (§ 276 BGB.) beruhte, vgl. Weyl a. a. O. S. 134 VII f; Endemann a. a. O. S. 643, 17; Rehbein, Das BGB. S. 102.

[2]) vgl. hierzu Zitelmann im Arch. S. 112 und RG. in Zivils. Bd. 68 a. a. O.

bleiben, da nur der verschuldete (subjektiv widerrechtliche) Schaden zu ersetzen ist. Daraus, daß § 678 BGB. nur auf das Willensmoment abzielt, läßt sich jedenfalls nicht der Schluß ziehen, daß bezüglich des Interessekriteriums etwas anderes gelten soll; die Frage des Schadensersatzes regelt sich vielmehr in beiden Fällen schon aus dem allgemeinen Gesichtspunkte des § 823 BGB.

Wenn § 678 die Schadensersatzpflicht noch besonders bezüglich des Willenskriteriums ausspricht, so ist dies daraus zu erklären, daß der Gesetzgeber die Wichtigkeit dieses Momentes vor allem hervorheben wollte, indem er besonders darauf hinwies, daß mangels der erforderlichen Berücksichtigung des Willens eine Schadensersatzpflicht des Geschäftsführers eintreten soll (mag ihm auch im übrigen bei der Geschäftsführung keinerlei Verschulden zur Last fallen).

Für das Moment des Interesses war eine derartige Hervorhebung deshalb nicht geboten, weil bezüglich dieses in der gemeinrechtlichen Literatur keinerlei Bedenken obwaltete.[1])

Es ergibt sich aus der obigen Erörterung die wichtige Folgerung, daß ein Arzt, der in entschuldbarer Weise die Operation für zweckmäßig hielt, mag sie objektiv auch nicht zweckmäßig gewesen sein, zwar eine objektiv widerrechtliche Körperverletzung verübte, jedoch wegen des Mißerfolges mangels Verschuldens nicht schadensersatzpflichtig wird.

---

[1]) vgl. Windscheid-Kipp, Lehrb. S. 919.

Als Maßstab für das Verschulden muß hier -- ebenso wie im Falle einer vertragsmäßigen ärztlichen Behandlung — die im Verkehrsleben übliche Sorgfalt eines ordentlichen, gewissenhaften Arztes, eines „Durchschnitts-Musterarztes“,[1] angesehen werden, der nach den anerkannten Grundsätzen und Regeln der medizinischen, insbesondere chirurgischen Kunst die Operation unternimmt bezw. unterläßt und event. zur Ausführung bringt.[2] Man wird freilich — wie auf fast allen Gebieten der Wissenschaft — dem individuellen Ermessen und auch dem individuellen Können des Arztes hierbei, d. h. bei Erwägung der medizinischen Grundsätze, einen gewissen Spielraum einräumen müssen[3] und nur bei greifbaren Verstößen gegen die ärztliche Kunst, sogen. Kunstfehlern (vgl. oben S. 29),[4] die sich übrigens auch auf die ärztliche Diagnose erstrecken können, dem Arzte ein nachweisbares Verschulden zur Last legen dürfen. Im übrigen werden auch die Umstände des Falles bei der Schuldfrage zu berücksichtigen sein.

In dieser Hinsicht enthält nun § 680 BGB. für die Geschäftsführung ohne Auftrag eine besondere Bestimmung. Es soll nämlich der Geschäftsführer nur für

---

1) Rabel a. a. O. S. 11.

2) vgl. Rabel a. a. O.; Zitelmann, Haftung S. 4; Weyl a. a. O. S. 116, 16.

3) vgl. Rabel a. a. O.; Kühner, Thesen S. 5.

4) vgl. Büdinger a. a. O. S. 21; Kühner, Klinische Vorträge S. 146 f.; derselbe, Kunstfehler der Ärzte S. 1 ff.

grobe Fahrlässigkeit haften, wenn die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung einer dringenden Gefahr diente. Es kommt also hier gegenüber den allgemeinen Grundsätzen der §§ 276, 823 BGB. ein geringerer Maßstab für das Verschulden bezw. die Schadensersatzpflicht in Betracht. Voraussetzung des § 680 ist das Bestehen einer dringenden Gefahr; es genügt aber schon die subjektive Annahme[1]) einer solchen auf seiten des Geschäftsführers, um den milderen Haftungsmaßstab der groben Fahrlässigkeit anzulegen. Beruht die Annahme einer dringenden Gefahr auf einem Verschulden, so soll nach der Ansicht von Planck (a. a. O.) bezüglich dieses Verschuldens ebenfalls nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten sein, während andere Schriftsteller, so Oertmann (a. a. O.), Crome (a. a. O.), Isay (a. a. O.), hierbei den gewöhnlichen Maßstab des Verschuldens anlegen wollen. Man wird der Ansicht von Planck im allgemeinen wohl schon aus rechtspolitischen Gründen beistimmen müssen, um das Eingreifen in Fällen dringender Gefahr nicht zu erschweren, sowie aus der Erwägung, daß in derartigen Fällen, wo dem äußeren Anscheine nach eine dringende Gefahr vorliegt, wenn sich die Annahme einer solchen auch nachträglich als irrtümlich herausstellt, meist in Bestürzung gehandelt werden wird, so daß billigerweise hier nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten ist. Obwohl

[1]) vgl. Staudinger a. a. O. S. 1070a; Planck a. a. O. S. 691; Crome a. a. O. S. 637 Anm. 41; Oertmann a. a. O. S. 819; Isay a. a. O. S. 112.

die Anwendung dieser Grundsätze auf ärztliche Operationen nicht unbedenklich erscheint, weil man gerade von einem Arzte ein gewissenhaftes und besonnenes Handeln stets erwarten darf, so wird man auch in diesem Falle jenen Rechtssätzen die theoretische Geltung nicht absprechen dürfen, wenn auch bei der praktischen Anwendung derselben sich unter Berücksichtigung der Umstände das Ergebnis anders darstellen wird, wenn nicht von einem Arzte, sondern von einem Laien oder von einem medizinisch nicht gebildeten „Heilkundigen" (Dorfbader, Lazarettgehilfen usw.) zwecks Abwendung einer dringenden Gefahr ein operativer Eingriff vorgenommen wird. Schon bezüglich der Schuldfrage zeigt sich nun, daß hier eine Konkurrenz mit den allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen, nach welchen schon bei gewöhnlichem Verschulden für Schaden gehaftet wird, eintreten kann. Des weiteren fragt sich, ob bei der Geschäftsführung ohne Auftrag als einem vertragsähnlichen (quasikontraktlichen), auftragsähnlichen Verhältnisse[1]) (vgl. § 683 BGB.) für die Schadenshaftung dasselbe gilt wie für eine Vertragsverletzung, nämlich ob hier lediglich die für die Haftung aus einem Vertragsverhältnisse geltenden allgemeinen und besonderen Bestimmungen (Kauf, Auftrag usw.) anzuwenden sind, oder ob daneben auch die allgemeinen Bestimmungen über den Schadensersatz aus unerlaubten Handlungen in Betracht kommen. Diese

---

[1]) vgl. Rabel a. a. O. S. 7.

Feststellung ist von besonderer Wichtigkeit für die Frage, ob bei einer infolge unwirksamer Geschäftsführung eintretenden Schadensersatzpflicht (vgl. § 678) gemäß § 847 BGB. auch für immateriellen Schaden (sogen. Schmerzensgeld) gehaftet wird, sowie ferner dafür, ob zufolge der Körperverletzung die Bestimmung der §§ 842, 843 über den Ersatz von Nachteilen, welche „den Erwerb oder das Fortkommen" des Verletzten betreffen, Anwendung findet. Die praktische Bedeutung der letzteren Bestimmung besteht hauptsächlich darin, daß danach „der Richter auch einen Schaden zu berücksichtigen hat, der gegenwärtig noch nicht eingetreten ist und ziffernmäßig nicht nachgewiesen werden kann",[1] sowie darin, daß der Ersatz regelmäßig (vgl. § 843 Abs. 3) in Form einer Geldrente gewährt werden muß.

Es handelt sich hierbei um eine der wichtigsten und umstrittensten Fragen des bürgerlichen Rechts, nämlich um die Konkurrenz des Vertragsanspuches mit dem Anspruche aus unerlaubten Handlungen.

In der Literatur sind hauptsächlich folgende Ansichten vertreten: Cosack (a. a. O. S. 577 c, f) bestreitet eine Konkurrenzmöglichkeit zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch im Hinblick auf § 823 Abs. 1: Nach Cosack ist die schuldhafte Verletzung einer obligatorischen Verpflichtung niemals „rechtswidrig", mag auch diese Verletzung

[1] Planck a. a. O. S. 1038, 3.

in einer Handlung bestehen, die an sich (abgesehen von der obligatorischen Verpflichtung des Handelnden) als unerlaubte sich charakterisieren würde. Danach[1]) würde also der Droschkenkutscher, der gelegentlich einer Spazierfahrt in der Absicht, mich an meinem Körper zu beschädigen, vorsätzlich umwirft und mich dadurch zum Krüppel macht, nur wegen Verletzung seiner Vertragsverpflichtung, nicht wegen Körperverletzung gemäß §§ 823 ff. haften. Diese Ansicht[2]) ist wegen ihrer unbilligen Konsequenzen abzulehnen.

Auch Endemann (a. a. O. S. 1257) bestreitet im allgemeinen die Zulässigkeit der Annahme einer Konkurrenz zwischen Vertrags- und Deliktsanspruch, schränkt aber (a. a. O. S. 1258 f.) seine Ansicht insofern ein, als er dann, wenn neben dem Vertragsverhältnisse der Tatbestand einer selbständigen unerlaubten Handlung vorliegt, auch die deliktische Haftung eintreten läßt, indem so der Anspruch aus Vertragsverletzung und der Anspruch aus unerlaubter Handlung miteinander in „echte Konkurrenz“ treten. Der Berechtigte soll dann die freie Wahl haben, welchen von beiden Ansprüchen er erheben will; er kann sie auch neben- oder nacheinander ausüben, bis er vollbefriedigt ist.[3])

Weiter geht die herrschende Meinung, nach welcher schlechthin (ohne die obenerwähnte Einschränkung

---

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 1050 f.; Isay a. a. O. S. 390 f.

[2]) vgl. hierzu auch Crome in DJZ. 1904 Nr. 1 S. 16.

[3]) vgl. Endemann a. a. O. S. 1259 Anm. 14, S. 418, 5.

Endemanns) bei einem gleichzeitig die Merkmale einer Vertragsverletzung sowie die einer unerlaubten Handlung aufweisenden Tatbestande eine Konkurrenz der Ansprüche eintreten kann.[1])

Im übrigen besteht zwischen den Vertretern der herrschenden Ansicht eine vielfältige Differenz bezüglich der Art und Weise, in welcher die Konkurrenz der Ansprüche sich geltend macht bezw. zum Ausgleich zu bringen ist; so namentlich auch bezüglich der Schuldfrage, wenn bei einer Vertragsverletzung nur wegen grober Fahrlässigkeit gehaftet wird.[2]) Nach der Ansicht von Staudinger (a. a. O. S. 1410) kann der Patient, der durch eine ärztliche Operation Schaden erlitten hat, nach seiner Wahl entweder den Anspruch aus dem Vertragsverhältnisse oder den Anspruch aus Schadensersatz nach Maßgabe der §§ 823 ff. geltend machen.[3])

---

[1]) Prym, Die Konkurrenz des Anspruches aus dem Vertrage mit dem Anspruche aus unerlaubter Handlung S. 61 ff.; Crome a. a. O. S. 1015 Anm. 32; derselbe in DJZ. 1904 Nr. 1 S. 15 ff.; Enneccerus-Kipp-Wolff a. a. O. S. 588 II; Isay a. a. O. S. 400; Planck a. a. O. S. 965 f.; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 950; Staudinger a. a. O. S. 1410; Weyl a. a. O. S. 267 f.; Dernburg, Schuldverhältnisse Abt. 1 S. 163 II, 2; derselbe a. a. O. Abt. 2 S. 701, 2, 702; Oertmann a. a. O. S. 1050 ff.; Goldmann-Lilienthal a. a. O. S. 882, 3.

[2]) Schon gemeinrechtlich herrschte Streit, „ob das Kontraktsverhältnis an sich einen modifizierenden Einfluß auf die aquilische Verhaftung habe", Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 363 Anm. 22; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 976 Anm. 12.

[3]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 1051 ff.

Einen grundsätzlich abweichenden Standpunkt nimmt Hellwig ein, welcher nicht eine „Anspruchskonkurrenz“, sondern nur eine „Gesetzeskonkurrenz“ als vorliegend erachtet. In überzeugender Weise führt Hellwig in seinem Werke Anspruch und Klagrecht S. 97 ff. aus, daß ein Tatbestand immer nur einen Anspruch erzeugt.

Läßt sich nun dieser Tatbestand unter verschiedene Gesetze bringen, so geht die lex specialis der lex generalis vor, es besteht eben nur eine Gesetzeskonkurrenz. Nach der m. E. richtigen Ansicht Hellwigs schließen demnach die Bestimmungen des Vertragsrechts als lex specialis die Anwendung der §§ 823 ff. als lex generalis aus, nur insoweit sie miteinander kollidieren, andererseits wiederum ergänzen sie sich gegenseitig, so daß der Inhalt des jeweiligen Anspruches aus der Verbindung der sämtlichen in Betracht kommenden Regeln zu bestimmen ist.

Daß hinsichtlich des vertragsähnlichen Rechtsverhältnisses der Geschäftsführung ohne Auftrag vollends eine Konkurrenz zwischen Vertragsrecht und Deliktsanspruch sehr wohl möglich ist, beweist deutlich der § 682. Gemäß dieser Bestimmung ist der geschäftsunfähige Geschäftsführer „nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen“ verantwortlich. Für den geschäftsfähigen Geschäftsführer hat man daraus nicht mit Unrecht gefolgert,[1]) daß dieser (im Falle einer

[1]) vgl. Isay a. a. O. S. 400; Fischer-Henle a. a. O. Anm. 4 zu § 682; zweifelnd Zitelmann, Arch. S. 108; and. A. Prym a. a. O. S. 59 ff.

unwirksamen Geschäftsführung, vgl. § 678) auch gemäß den Vorschriften über unerlaubte Handlungen verantwortlich zu machen ist. Für die hier interessierende Frage erscheint demnach die Anwendung der Rechtssätze für eine Deliktshaftung schon durch das Gesetz gesichert. Insoweit dieselben mit der lex specialis kollidieren, ist m. E. der Ansicht Hellwigs (a. a. O.) beizupflichten, wonach diese der entsprechenden Bestimmung der lex generalis, d. h. der §§ 823 ff., vorgeht.

Zahlreiche Vertreter der herrschenden Ansicht stimmen hiermit teilweise im Ergebnis überein, insofern sie eine Abschwächung der Delikts- entsprechend der Vertragshaftung für den Fall annehmen, daß nach letzterer nur wegen grober Fahrlässigkeit gehaftet werden soll.[1])

---

[1]) vgl. v. Liszt, Deliktsobligationen S. 13; Isay a. a. O. S. 401; Schollmeyer, Einzelne Schuldverhältnisse S. 233; Zitelmann, Arch. S. 108; vgl. auch Cosack a. a. O. S. 598; auch Windscheid-Kipp a. a. O. S. 950e: „wofern der Schuldner in Erfüllung seiner auf dem Rechtsverhältnisse ruhenden Verpflichtungen, oder in Ausübung seiner darauf ruhenden Rechte handelte“. — Der Gegenansicht gehören an: Crome a. a. O. S. 1015 Anm. 32: „Aus dem einen Anspruch ist in den anderen nichts hineinzutragen“; derselbe in DJZ. S. 17; Weyl a. a. O. S. 268; Oertmann a. a. O. S. 1053, 112, 5a; Planck a. a. O. S. 965; Dernburg, Schuldverhältnisse Abt. 1 S. 164, 3b; derselbe, Pand. Bd. 2 S. 363 Anm. 22; Prym a. a. O. S. 62 ff.; vgl. auch Staudinger a. a. O. S. 1411; Endemann a. a. O. S. 1259 Anm. 13.

## § 5.

## Ist der Arzt schadensersatzpflichtig, der an einem verunglückten, bewußtlosen Patienten eine Amputation des gebrochenen Fußes vornimmt?

Für die Entscheidung hinsichtlich der Schadensersatzpflicht gemäß der hier anzuwendenden Bestimmung des § 823 Abs. 1 BGB. kommt es auf folgende Punkte an: die Operation muß sich als eine widerrechtliche Handlung darstellen; es muß ferner ein Verschulden auf seiten des Täters vorliegen; schließlich muß ein Schaden entstanden sein, der durch die Handlung verursacht worden ist.

Es bedarf zunächst der Feststellung, ob und in welchem Umfange ein Schaden durch die Operation entstanden ist.

Ein solcher kann nicht ohne weiteres damit in Abrede gestellt werden, daß die Amputation als gelungen und für den Patienten insofern von günstigem Erfolge gewesen ist, als er sich mit Hilfe eines künstlichen Fußes wieder fortbewegen kann, während er vordem mit einem völlig unbrauchbaren, gebrochenen Fuße in die Klinik des Arztes gekommen war. Der Umstand, daß der Patient insoweit wiederhergestellt ist, daß ein Heilerfolg relativer Art vorliegt und in Anbetracht dessen von einer Beschädigung der Gesundheit nicht schlechthin gesprochen werden kann, schließt, wie oben (S. 12) erwähnt wurde, die Entstehung eines Schadens nach anderer Richtung hin, namentlich in vermögensrechtlicher Hinsicht, nicht aus. Wie Zitelmann (Haftung S. 9) mit Recht ausführt, „kann auch,

wenn die Behandlung gelingt, doch noch ein Schade entstehen und darum ein Schadensersatz in Frage kommen".

Im übrigen kann die Anwendbarkeit der §§ 842, 843, 847 BGB. in einem solchem Falle an sich nicht bestritten werden, falls die sonstigen Voraussetzungen des § 823 BGB. zutreffen. Denn von einer eigentlichen (echten) Konkurrenz verschiedener Ansprüche aus mehrfachen Tatbeständen (unerlaubter Handlung, Geschäftsführung ohne Auftrag) kann hierbei kaum die Rede sein; es handelt sich vielmehr hier nur darum, inwieweit die in Frage kommenden Tatbestände sich gegenseitig ergänzen. Dies ist nun insofern der Fall, als für die weiter zu besprechenden Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht, nämlich die Widerrechtlichkeit und das Verschulden, ergänzend die Rechtssätze über die Geschäftsführung ohne Auftrag eingreifen. In erster Linie kommen aber die allgemeinen Bestimmungen über unerlaubte Handlungen zur Anwendung, so daß an sich über die Geltendmachung eines Schadens gemäß §§ 842, 843, 847 BGB. kein Zweifel bestehen kann.

Was nun die weitere Frage betrifft, ob die seitens des Arztes an dem Bewußtlosen vorgenommene Operation eine widerrechtliche Handlung war, so bedarf es einer Feststellung dahin, ob die Operation unter dem Gesichtspunkte einer Geschäftsführung ohne Auftrag als gerechtfertigt gelten konnte, d. h. ob sie gemäß dem Willen und dem Interesse des Patienten erfolgte oder nicht. Schon das Fehlen eines dieser Momente genügt, um die Operation nicht als gerechtfertigt bezw. als widerrechtliche

Körperverletzung erscheinen zu lassen (vgl. oben S. 33), wenn auch daraus noch nicht ohne weiteres die Verpflichtung zum Schadensersatze sich ergibt, es vielmehr dazu noch des Nachweises eines Verschuldens (vgl. S. 34 d. Ausf.) auf seiten des Operierenden bedarf.

Wie schon oben (S. 25) dargestellt wurde, kann bei der Wechselbeziehung, die meist zwischen dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn obwaltet, das subjektive Willensmoment gegenüber dem objektiven Interessekriterium praktisch gänzlich in den Hintergrund treten, während theoretisch sich ersteres aus letzterem bereits ergibt. Für eine besondere Nachprüfung des Willensmomentes seitens des Richters ist praktisch immer nur dann Anlaß gegeben, wenn der Tatbestand irgendwelche Anhaltspunkte dafür gewährt, daß ungeachtet eines vorliegenden Interesses der wirkliche oder mutmaßliche Wille des Geschäftsherrn mit der Geschäftsführung im Widerspruche stand. In diesem Falle ist schon mangels des Willensmomentes die Geschäftsführung als unwirksam anzusehen, so daß kein Ersatz der Aufwendungen gemäß § 683 verlangt werden kann; ja es kann — wie § 678 ausdrücklich hervorhebt — von dem gutgläubigen Geschäftsführer Schadensersatz begehrt werden, falls er (in unentschuldbarem Irrtume) erkennen mußte, daß die Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch stand. Entsprechendes muß auch bei Fehlen des Interesses gelten (vgl. S. 34 f. d. Ausf.).

Nach Lage des Falles wird erst zu prüfen sein, ob

die Amputation zweckmäßig war, d. h. ob nach den Regeln der Heilkunde die Heilung des Fußes auch ohne Amputation erfolgen konnte. Ergibt die Beweisaufnahme die Unzweckmäßigkeit der Amputation, so erübrigt sich eine Prüfung nach der Richtung, ob die Amputation dem Willen des Patienten entsprach. Denn schon mangels eines Interesses ist die Geschäftsführung als unwirksam bezw. die Operation als widerrechtlich anzusehen. Ergibt die Beweisaufnahme aber, daß die Amputation zweckmäßig war, so bleibt zunächst zu prüfen, ob nach dem Tatbestande ein Umstand vorliegt, woraus geschlossen werden durfte, daß die Operation ungeachtet ihrer Zweckmäßigkeit dem Willen des Verunglückten nicht entsprach. Mangels eines solchen Anhaltspunktes für den (wirklichen oder mutmaßlichen) Willen des Patienten muß aus der Zweckmäßigkeit auf den Willen desselben geschlossen werden.

Zu beachten ist aber für die Feststellung des Willensmomentes — nach Lage des Falles — auch noch die Bestimmung des § 681, wonach der Arzt die Entschließung des Patienten abzuwarten hatte (vgl. oben S. 26 f.), falls mit dem Aufschube nicht Gefahr verbunden war. Dazu ist folgendes zu bemerken: Grundsätzlich hätte der Arzt zu der Operation die Einwilligung des Verunglückten haben müssen, ohne welche dieselbe als eine widerrechtliche Körperverletzung gelten mußte (vgl. S. 14 ff. d. Ausf.). Nur mit Rücksicht darauf, daß der Patient sich in einem bewußtlosen Zustande befand, als er in der Klinik des Arztes Aufnahme fand, kann überhaupt in Frage kommen,

ob dieser von der Einwilligung zu der Amputation absehen durfte. Hierbei ist nun zu erwägen, ob der Arzt nicht abwarten mußte, bis der Patient aus seiner Ohnmacht erwachte, um alsdann seine Einwilligung einzuholen. Diese Verpflichtung fiel gemäß § 681 nur dann fort, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden war. Ohne das Bestehen einer solchen Gefahr war die Geschäftsführung nur hinsichtlich der Aufnahme in die Klinik und der damit in Verbindung stehenden ärztlichen Behandlung wirksam, während im übrigen sobald als tunlich, d. h. beim Erwachen des Verletzten aus der Ohnmacht, seine Entschließung bezüglich einer weiteren Behandlung in der Klinik des Arztes, insbesondere seine Einwilligung zu der Amputation einzuholen war. Der Arzt mußte demnach abwarten, bis der Patient aus seiner Ohnmacht erwachte, um dessen Entschließung einzuholen, und nur das Bestehen einer Gefahr konnte ihn davon befreien, die Amputation aufzuschieben. Ob eine solche vorlag, kann natürlich nur durch sachverständiges Gutachten ermittelt werden. Nach der Ansicht von Büdinger (a. a. O. S. 22, 24, 29) entspricht es der in Ärztekreisen vorherrschenden Anschauung, daß nur in den Fällen einer (unmittelbaren oder mittelbaren) Notoperation, d. h. wenn nach ärztlichem Ermessen durch die Operation eine momentane oder nahe bevorstehende Lebensgefahr abgewendet werden soll, die Einwilligung des Patienten nicht eingeholt zu werden braucht (vgl. oben S. 16 f.), wogegen die Entschließung des Patienten abzuwarten bleibt, wenn

die Operation bloß für die Forderung des Gesundheitswohles wünschenswert erscheint.

Für die Auslegung des § 681 ist zu beachten, daß dieser im Gegensatze zu § 680 nicht von einer „drohenden dringenden Gefahr", sondern schlechthin von einer „Gefahr"[1]) spricht, so daß es zweifelhaft erscheinen kann, ob für den ärztlichen Operationsfall nur, wenn es sich um Abwendung einer Lebensgefahr handelt, von der Einwilligung des Patienten zur Operation abgesehen werden darf. M. E. kann über diese Frage nur die in Ärztekreisen herrschende, also eventuell obige strenge Ansicht den Ausschlag geben, während juristische Deduktionen demgegenüber nicht angebracht sind. Hiernach braucht von dem Arzte in einem Falle, wo wegen bevorstehenden Brandes bezw. wegen der mit dem Aufschube verbundenen Lebensgefahr (Blutvergiftung) ein Glied amputiert werden muß, die Einwilligung des Patienten in den oben (S. 21 f.) besprochenen Ausnahmefällen nicht abgewartet zu werden, solange er sich in bewußtlosem Zustande befindet usw.

Ohne den Nachweis des Vorliegens einer Gefahr kann die Geschäftsführung des Arztes unwirksam sein, mag sie auch sonst in zweckmäßer Weise vorgenommen sein, insofern nämlich, als weitere Umstände hervortreten, wonach anzunehmen wäre, daß der Patient ungeachtet der Zweckmäßigkeit seine Einwilligung verweigert hätte,

---

[1]) Irrtümlich spricht Fischer-Henle a. a. O. in Anm. 2 zu § 681 von einer „dringenden Gefahr".

wenn der Arzt seine Entschließung abgewartet hätte. In einem solchen Falle kann auch eine Schadensersatzpflicht begründet sein, indem schon der Verstoß gegen die Vorschrift des § 681 ein schuldhaftes Unterlassen des Geschäftsführers in sich schließt (vgl. dazu § 678).

Wird jedoch festgestellt, daß die Amputation zweckmäßig war, so darf aus dem Umstande, daß der Arzt event. einen Verstoß gegen die Vorschrift des § 681 sich zuschulden kommen ließ, nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß die Geschäftsführung schon deshalb unwirksam war und zum Schadensersatz verpflichtete. Vielmehr ist mangels besonderer Umstände an der obigen (vgl. S. 47 d. Ausf.) Schlußfolgerung festzuhalten, daß nämlich die zweckmäßige Operation auch dem mutmaßlichen Willen des Patienten entsprach, und es kann dieser demgegenüber nicht beliebig[1]) geltend machen, daß er seine Einwilligung auch zu der zweckmäßigen Operation nicht erteilt hätte, wenn der Arzt seine Entschließung darüber pflichtgemäß (§ 681) abgewartet hätte.

Danach kommt es für die Entscheidung des Falles im wesentlichen auf die Prüfung der Zweckmäßigkeit der Amputation an, während der Umstand, daß der Arztes abzuwarten unterließ, bis der Patient aus seinem Ohnmachtsanfalle erwachte, um seine Einwilligung zur Operation einzuholen, unerheblich erscheint, so daß von einer Prüfung

---

[1]) vgl. hier auch die unrichtige Meinung von Behr (a. a. O. S. 408), der behauptet, daß der Patient stets durch nachträgliche Nichtgenehmigung der Operation die Geschäftsführung zu einer unwirksamen machen könne.

der Frage, ob mit dem Aufschube „Gefahr“ verbunden war, abgesehen werden kann. Denn wenn festgestellt wird, daß die Operation unzweckmäßig war, so kommt es auf die Feststellung des Willensmomentes überhaupt nicht mehr an, da schon wegen des fehlenden Interesses die Geschäftsführung unwirksam, die Operation widerrechtlich war (vgl. S. 24, 33 d. Ausf.).

Ergibt hingegen die Beweisaufnahme, daß die Amputation zweckmäßig war, so wird daraus auf den mutmaßlichen Willen des Patienten geschlossen werden dürfen, da mangels besonderer Umstände keinerlei Anhalt für eine gegenteilige Schlußziehung gegeben ist.

Für eine Verpflichtung des Arztes, Schadensersatz zu leisten, genügt jedoch nicht (vgl. oben S. 33 f.) die Feststellung, daß die Amputation widerrechtlich war, sondern es muß ihm ein Verschulden irgendwelcher Art nachgewiesen werden. Zunächst muß es m. E. als ausgeschlossen gelten, daß ein Arzt, der gutgläubig zum Zwecke der Heilung einen operativen Eingriff an jemandem vornimmt, wegen vorsätzlicher Körperverletzung (sei es strafrechtlich, sei es zivilrechtlich) verantwortlich zu machen ist, lediglich deshalb, weil er mit vollem Bewußtsein das Operationsmesser an den Körper des Patienten setzt. Insoweit ist den Vertretern der Zwecktheorie (s. S. 20 f. d. Ausf.) völlig beizustimmen; die gute Absicht, verbunden mit dem (objektiven) Heilungszwecke, schließt einen Vorsatz[1])

---

[1]) vgl. Dernburg, Schuldverhältnisse Abt. 1 S. 159 II, 1; Weyl a. a. O. S. 390 IV.

bei der Körperverletzung aus. Auch Zitelmann (Haftung S. 18, 4, derselbe im Arch. S. 112 f.) ist der Meinung, daß wegen der obwaltenden bona fides des operierenden Arztes nur die Annahme einer fahrlässigen Körperverletzung begründet ist. Nur wenn die Operation wider den ausdrücklichen Willen des Patienten geschieht, dann freilich fehlt es an der bona fides, und es kommt vorsätzliche Körperverletzung in Frage.[1]) Im vorliegenden Falle ist mithin bei Prüfung der Schuldfrage gemäß den früheren Erörterungen (vgl. S. 36 f. d. Ausf.) lediglich davon auszugehen, ob der Arzt, der ja unzweifelhaft im guten Glauben die Amputation vorgenommen hat, bei Prüfung der Zweckmäßigkeit fahrlässig gehandelt hat, d. h. die Regeln der Heilkunde in fahrlässiger Weise außer acht gelassen hat, oder ob er in Ansehung dieses Punktes geltend machen kann, sich dabei in einem entschuldbaren Irrtum (vgl. oben S. 34 Anm. 1) befunden zu haben. Dies alles setzt voraus, daß durch sachverständiges Gutachten festgestellt ist, daß die Amputation unzweckmäßig, die Operation also objektiv widerrechtlich war, da nur durch eine wirksame Geschäftsführung die Widerrechtlichkeit einer Körperverletzung ausgeschlossen wird (vgl. oben S. 32 f.).

Für die Schadensersatzpflicht aus einer unerlaubten Handlung gilt indes als Regel, daß der Täter, der sich

---

[1]) So in dem bereits erwähnten „Hamburger Falle" (RG. in Strafs. Bd. 25); vgl. oben S. 18 Anm. 1.

hinsichtlich der Widerrechtlichkeit in einem entschuldbaren Irrtume befindet, mangels Verschuldens nicht für den Schaden verantwortlich gemacht werden kann.[1]) Mithin wird auch der Arzt sich event. mit Erfolg darauf berufen können, daß er in entschuldbarer Weise die Amputation für zweckmäßig gehalten habe, mag auch (durch sachverständiges Gutachten) objektiv festgestellt sein, daß die Vornahme der Amputation den Regeln der Heilkunde zuwiderlief.

Ferner könnte der Arzt anführen, daß die Amputation — seiner Überzeugung nach — zur Abwendung einer dringenden Gefahr, insbesondere einer Lebensgefahr diente, und daß er selbst dann, wenn diese Überzeugung irrtümlich war, als Geschäftsführer ohne Auftrag gemäß § 680 nur wegen grober Fahrlässigkeit verantwortlich zu machen sei, sowohl mit Bezug darauf, daß er das Vorliegen einer dringenden Gefahr angenommen habe, als auch im Hinblick auf seine Diagnose, der gemäß er eine Amputation des Fußes für angebracht bezw. zweckmäßig gehalten habe (vgl. oben S. 36 ff.).

Unter grober Fahrlässigkeit ist (im Gegensatz zur einfachen, „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht lassenden" Fahrlässigkeit, § 276 BGB.) die Außerachtlassung derjenigen Vorsicht zu verstehen, deren Notwendigkeit für jedermann offensichtlich ist, sie ist „die besonders schwere Außerachtlassung der im Verkehr er-

---

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 1066, 7; Weyl a. a. O. S. 367.

forderlichen Sorgfalt".[1]) Demnach wäre der Arzt nur wegen grober Kunstfehler (vgl. oben S. 36) verantwortlich zu machen, wenn er in gröblicher Weise gegen medizinisch feststehende Regeln der Heilkunde verstieß, indem er die Amputation des Fußes vornahm. Dies freilich, wie bereits erwähnt wurde, nur unter der Voraussetzung, daß die Amputation zur Abwendung einer dringenden Gefahr diente, bezw. daß er eine solche in entschuldbarer Weise annahm. Daß es praktisch nicht unbedenklich ist, diesen für die Geschäftsführung ohne Auftrag geltenden Haftungsmaßstab auf den Fall einer ärztlichen Operation anzuwenden, ist oben S. 38 bemerkt worden. Erachtet man dies aber theoretisch für geboten, so wird man hier, wie ebenfalls bereits erörtert wurde (vgl. S. 41 ff. d. Ausf.), unter Ausschluß des allgemeinen nach § 823 BGB. geltenden Haftungsmaßstabes, die lex specialis zur Anwendung bringen müssen, also beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 680 BGB. eine Schadensersatzpflicht des Arztes nur bei grober Fahrlässigkeit für begründet erachten dürfen.

## § 6.

## Hat der Arzt, der einen Bewußtlosen operiert, einen Honoraranspruch gegen diesen?

Gemäß § 683 BGB. „kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen". Unter letzteren sind solche Leistungen zu verstehen, die

---

[1]) Weyl a. a. O. S. 272.

das Vermögen des Geschäftsführers unmittelbar oder mittelbar berühren. Demnach sind zweifellos unter dem Gesichtspunkte des Ersatzes von Aufwendungen gerechtfertigt die durch die Aufnahme in die Klinik entstandenen Kosten für Gewährung von Unterkunft und Verpflegung, für Pflege durch das Wärterpersonal, für Medikamente, Bandagen und sonstige Kurkosten im engeren Sinne.

Nicht ohne weiteres läßt sich dagegen der Honoraranspruch wegen Vornahme der Operation als Aufwendung bezeichnen. In der Literatur ist die Frage, ob der Geschäftsführer Entgelt für seine aufgewendete Berufstätigkeit verlangen darf, lebhaft bestritten.[1]) Die Ansicht von Hellwig (Stellung des Arztes S. 14), daß „nach moderner Rechtsanschauung" als Aufwendungen auch solche Arbeitsleistungen gelten, welche zu dem Erwerbe oder zu dem Berufe des Arbeitenden gehören, hätte gerade in Anbetracht des nach § 683 streitigen Begriffes einer besonderen Begründung bedurft. Auch läßt sich aus § 1835 BGB., wo für den besonderen Fall einer von dem Vormunde im Interesse des Mündels vorgenommenen Berufstätigkeit ein Anspruch auf Entgelt eingeräumt wird, eine entsprechende Anwendung für den auftraglosen Geschäftsführer nicht herleiten, zumal dieser gemäß dem Inhalte des § 683 „wie ein Beauftragter" Ersatz für seine Aufwendungen verlangen darf, letzterem aber

[1]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 823b; Staudinger a. a. O. S. 1075a.

unzweifelhaft kein Anspruch auf Entgelt zusteht, auch wenn er innerhalb seines Berufes tätig geworden ist. Dem Charakter der Geschäftsführung ohne Auftrag als „Menschenhilfe im Privatrecht“ (vgl. oben S. 31) entspricht es jedenfalls nicht, daß derjenige, welcher sich in fremde Angelegenheiten mischt, dabei zugleich sein eigenes Berufsinteresse wahrnehmen kann. Daß man bei Verneinung der Frage „zu unsinnigen Resultaten“ gelangt, kann Hellwig (a. a. O.) nicht zugegeben werden. Wenn auch jemand, der für einen Verunglückten einen Arzt holen läßt und dabei Auslagen macht oder dem Arzte sich persönlich für das Honorar verpflichtet, zweifellos von dem Dritten Ersatz seiner Auslagen bezw. Befreiung von seiner Verbindlichkeit verlangen kann, so gebietet es die Rechtslogik noch keineswegs, daß der Arzt, der ohne Dazwischentreten eines andern eingreift, von dem Verunglückten selbst, mit dem er in keinerlei rechtsgeschäftliche Beziehung getreten ist, Entgelt für seine Berufstätigkeit verlangen kann. Denn es liegt auf der Hand, daß diese Fälle juristisch ganz verschieden gelagert sind. Für die Verneinung der Frage haben sich daher nicht ohne Grund Staudinger (a. a. O.), Lotmar (Arbeitsvertrag S. 137), Hamm (DJZ. 1907 Nr. 8 S. 449) und im wesentlichen auch Oertmann (a. a. O.) ausgesprochen, der die berufliche Arbeitsleistung nur dann als „Aufwendung“ gelten lassen will, wenn der Geschäftsführer infolge der Geschäftsführung in der fraglichen Zeit sich um einen anderweitigen Verdienst gebracht hat. Danach wäre der An-

spruch des Arztes höchstens dann als begründet anzusehen, wenn er z. B. einem anderen Patienten die Aufnahme in die Klinik hätte abschlagen müssen, weil dieselbe infolge der Aufnahme des Verunglückten gänzlich belegt war. Folgerichtig würde dann aber der Arzt den dadurch entgangenen Gewinn — der keineswegs mit seinem dem Verunglückten gegenüber geltend gemachten Ersatzanspruch identisch sein wird — als Aufwendung zu liquidieren haben. Man gelangt also bei dieser Auffassung zu ganz unpraktischen Ergebnissen.

Man wird viel eher sowohl aus rechtspolitischen Erwägungen als auch aus Billigkeitsgründen mit der herrschenden Ansicht[1]) den Anspruch des Geschäftsführers auf Entgelt für eine bei der Geschäftsführung vorgenommene Berufstätigkeit bejahen dürfen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß das Gesetz bezüglich dieses Punktes eine empfindliche Lücke aufweist. Den Bedenken, die durch den Wortlaut des § 683 („wie ein Beauftragter") der Bejahung der Frage entgegenstehen, läßt sich allenfalls durch den Hinweis auf § 675 BGB. begegnen.

Voraussetzung für den Ersatz der Aufwendungen ist

---

[1]) vgl. Hellwig a. a. O.; Isay a. a. O. S. 148; Fischer-Henle a. a. O. Anm. 7 zu § 683; Dernburg, Schuldverhältnisse 2. Abt. S. 437 II; Planck a. a. O. S. 694a; Crome a. a. O. S. 638a und Anm. 59 daselbst; Brückmann, Die Rechte des Geschäftsführers S. 184; Windscheid-Kipp a. a. O. S. 924; Seuffert Bd. 61 S. 55 f.; Endemann a. a. O. S. 1123 Anm. 26; Kohler, Lehrb. S. 452 III.

eine wirksame Geschäftsführung, d. h. eine solche, die gemäß § 683 dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht.

Es kommt daher wesentlich darauf an, daß der Arzt beweist,[1]) daß die Amputation objektiv zweckmäßig (vgl. oben S. 28 f.) war. Es gilt bezüglich der Voraussetzungen des § 683 das bereits früher hinsichtlich der Schadensersatzpflicht Ausgeführte (vgl. S. 44 ff. d. Ausf.). Doch ist zu beachten, daß ein Irrtum des Arztes über die Zweckmäßigkeit, auch wenn derselbe entschuldbar ist, die Geschäftsführung deshalb noch nicht wirksam macht, so daß er den Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen behält. Es kommt vielmehr für diesen Ersatzanspruch des Geschäftsführers, im Gegensatze zu dem Schadensanspruche des Geschäftsherrn, nicht darauf an, ob dem Geschäftsführer ein Verschulden zur Last fällt oder nicht. Es genügt, daß die Geschäftsführung objektiv nicht dem Interesse des Geschäftsherrn entsprach, um den Geschäftsführer seines Anspruches auf den Ersatz seiner Aufwendungen zu berauben, mag er selbst noch so gutgläubig verfahren sein, indem er ganz im Interesse des Geschäftsherrn tätig zu sein glaubte.[2])

---

[1]) vgl. auch v. Weinrich a. a. O. S. 98 ff.

[2]) vgl. Oertmann a. a. O. S. 817, 5.

§ 7.

## Ergebnis.

Nach den obigen Ausführungen ist als Ergebnis festzustellen:

1. daß der Arzt zum Schadensersatze verpflichtet ist, falls er nicht beweist, entweder daß die Amputation des Fußes den Regeln der Heilkunde entsprach, oder daß er wenigstens dieselbe in entschuldbarer Weise für zweckmäßig gehalten habe, insbesondere weil er die Abwendung einer dringenden Gefahr (Lebensgefahr) damit bezweckte, und daß ihm eine grobe Fahrlässigkeit dabei nicht zur Last fiel;
2. daß der Patient dem Arzte im Falle, daß die Zweckmäßigkeit der Amputation festgestellt wird, Ersatz der Aufwendungen, insbesondere auch Honorar für die Amputation zu leisten habe.

---

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.